



المجلد الثاني والعشرون

قسم الضوابط الفقهية



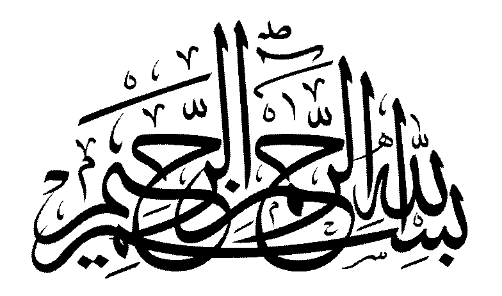


طبع على نفقة
مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان
للأعمال الخيرية والإنسانية
ص.ب: 41355 - أبوظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 6577577 - 02 فاكس: 6577572 - 02
www.zayed.org.ae

الطبعة الأولى
1434هـ - 2013م

التنفيذ الطباعي: المجموعة الطباعية www.printingroup.com
التجليد الفني: البساط الجديدة للتجليد وتصنيع الكتاب info@newbsat.com


معلمة زايد
للقواعد الفقهية والأصولية


بسم الله الرحمن الرحيم

ضوابط أبواب المعاملات (يتبع)

ضوابط أبواب المعاوضات (يتبع)

ضوابط باب الإجارة

ضوابط باب الجعالة

ضوابط باب المساقاة

ضوابط أبواب التبرعات:

ضوابط باب الصدقة

ضوابط باب الهبة

ضوابط باب القرض

ضوابط باب الوقف

ضوابط باب اللقطة

ضوابط باب الإبراء

ضوابط باب الوديعة

ضوابط باب العارية

ضوابط باب إحياء الموات

ضوابط باب الإجارة

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٧

نص الضابط: الإِجَارَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى المُشَاحَّةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الإجارة مبنية على المضايقة والمماكسة[٢].

٢- الإجارة مبنية على المماكسة[٣].

٣- الإجارة مبنية على الاستقصاء[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- مبنى المعاوضات على المماكسة[٥]. (أعم).

٢- الإجارة كالبيع[٦]. (أعم).

٣- الإجارة تفسد بالشروط الفاسدة[٧]. (مكمل).

٤- أصل الإجارة على الأمانة[٨]. (مكمل).

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ٧/١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥٥٠، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣/٧٢٨، منح الجليل ٧/٤١٥.

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٢١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٥٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/١٣٧.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٣٦٦.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٥/١٥٢، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٧) غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٣٤، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٨) سد الذرائع للبرهاني ١/١٨٢، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

شرح الضابط :

(الإجارة) في اللغة: اسم للأجرة، وهي كراء الأجير[١].

وهي بكسر الهمزة، وهو المشهور، وحكي الضم بمعنى المأخوذ، وهو عوض العمل، ونقل الفتح أيضًا، فهي مثلثة، لكن نقل عن المبرد أنه يقال: أجر وآجر إيجارًا وإجارة؛ وعليه فتكون مصدرًا، وهذا المعنى هو المناسب للمعنى الاصطلاحي[٢].

وفي الاصطلاح: عقد معاوضة على تمليك منفعة بعِوَض[٣].

ويخص المالكية غالبًا لفظ الإجارة بالعقد على منافع الآدمي، وما يقبل الانتقال غير السفن والحيوان، ويطلقون على العقد على منافع الأراضي والدور والسفن والحيوانات لفظ (كراء)، لكن الأصل أنَّ الإجارة والكراء شيء واحد في المعنى[٤].

و(الـمُشَاحَّة) في اللغة: على وزن مُفاعَلَة، وهي مصدر الفعل «شاحَّ» - بتشديد الحاء - وهو على وزن «فاعَلَ»، والمصدر كذلك بتشديد الحاء، وأصله من المضعف الثلاثي «شَحَّ»، ومنه قولهم: هما يتشاحَّان على كذا، إذا تنازعاه، ولا يريد كل واحد منهما أن يفوته[٥].

والمعنى الاصطلاحي للمشاحة لا يخرج عن المعنى اللغوي، والمراد بها في العقود: المضايقة والمنازعة[٦].

---

(١) انظر: المغرب، مقاييس اللغة مادة (آجر).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٢ ط/ بولاق، الموسوعة الفقهية الكويتية ١/٢٥٢.

(٣) انظر: كشف الحقائق ٢/١٥١، المبسوط ١٥/٧٤، الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/٥، والأم ٣/٢٥٠، المغني المطبوع معه الشرح الكبير ٦/٣.

(٤) انظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/٥، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/٢ ط/ دار الفكر، الموسوعة الفقهية الكويتية ١/٢٥٢.

(٥) انظر: العين للفراهيدي ٣/١٣، جمهرة اللغة لابن دريد ١/٩٨، ٣/٢٥٥.

(٦) انظر: الكليات لأبي البقاء ١/٩٧٠.

والمماكسة والمضايقة والمنازعة والاستقصاء كلها بمعنى المشاحة[١]، وجميعها ترجع إلى أن كل واحد من المتعاقدين له أن يستقصي حقه، وأن يحصِّل أكبر قدر ممكن من منافع هذا العقد، وضد هذه المعاني: المكارمة والإحسان والمعروف والمسامحة.

وهذا الضابط في باب الإجارة لا يندرج تحت ركن معين من أركانها، وإنما هو يدخل في جميع أركان الإجارة، فهو بمثابة الروح التي تسري في عقد الإجارة من بدايته إلى نهايته، ومن فوائده: أنه يوضح مبنى العلاقة التي بين المتعاقدين في باب الإجارة، ومن آثار ذلك معرفة ما يترتب عليه من أحكام.

والمعنى الإجمالي فيه: أن عقد الإجارة في جملته مبني على المشاحة عند المنازعة بين المتعاقدين؛ إذ كل واحد منهما يحق له الحرص على تحقيق أكبر قدر ممكن من مصالحه ومنافعه الشخصية التي يخولها له عقد الإجارة.

ويتضح هذا بمثاله: فإن المؤجر يحرص على تحصيل كل ما يترتب على عقد الإجارة من خيار، وردٍّ بعيب، وغير ذلك.

ومن طبيعة عقد الإجارة أنه أبعد عن باب المسامحة – وإن كان الشارع الحكيم قد رغب فيها في كل شيء[٢] - وأدخل في باب المكايسة[٣]، بمعنى أوضح: فإن عقد الإجارة عقد مكايسة ومغابنة في أصل وضعه، إلا أن المسامحة إن وقعت من أحد المتعاقدين كان ذلك حسنًا؛ لما فيها من مكارم الأخلاق.

---

(١) انظر: حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب ٤/٢٧٢، الكليات لأبي البقاء ١/٩٧٠.
(٢) كما في قول الرسول الكريم ﷺ: «إن الله كتب الإحسان في كل شيء».
(٣) انظر: أنوار البروق للقرافي ٣/٤.

وقد اتفق الفقهاء على أن عقد الإجارة من عقود المعاوضات[(١)]، فينطبق عليه ما ينطبق عليها من أحكام، ومن جملتها: أنه لا يجوز أن يحصل العوضان فيها لشخص واحد، فإن المعاوضة إنما شرعت لينتفع كل واحد من المتعاوضين بما بذل له[(٢)]؛ وبناء على هذا فإنه يمكن القول بأن فقهاء المذاهب قد اتفقوا على العمل بهذا الضابط، وإن لم ينصوا عليه في كتبهم، وقد نصَّ عليه فقهاء الحنفية والمالكية، كما تشير إليه مراجعهم.

وبهذا يكون معنى الضابط قد اتضح، وظهرت أهم معالمه وآثاره.

أدلة الضابط:

دليل الضابط قاعدة: «المعاوضة على المضايقة»[(٣)]، وأدلتها، والإجارة عقد معاوضة[(٤)]؛ لأنها من باب البيع[(٥)]، ومعلوم أن البيع مبني على المشاحة[(٦)]، فتكون الإجارة كذلك.

تطبيقات الضابط:

١- من استأجر شخصًا على سقاية حائطه، وهو معلوم عند أهل المعرفة، فنزل المطر على الحائط، وأقام به حينًا، فإنه ينقص من أجرته بقدر

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٦٨/٩، المنتقى للباجي ٢٨٣/٣، المهذب مع المجموع ٣١٨/٩ - ٣١٩، المغني لابن قدامة ٢٨٩/٤، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٠٧/٥، المحلى لابن حزم ٥١٨/٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٦/٥، شرائع الإسلام للحلي ٢٢/٢، شرح النيل لأطفيش ٨/١٠.

(٢) انظر: أنوار البروق ٤/٣.

(٣) درر الحكام لعلي حيدر ٣٥٨/٢.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير ١٤/٤.

(٥) انظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل ١٤/٧.

(٦) انظر: الشرح الكبير للدردير ١٤/٤.

إقامة الماء فيه؛ لأن الإجارة مبنية على المشاحة[١]؛ فكان من حق المؤجر أن يقوم بنقص الأجرة على المستأجر استقصاء لحقه.

٢- من استأجر أجيرًا على أن يطعمه، فظهر أنه أكول - كثير الأكل - فللمستأجر أن يفسخ الإجارة عن نفسه؛ لأنه كعيب ظهر به[٢]؛ لأن مبنى الإجارة على المشاحة.

٣- من استأجر دابة - ومثلها في وقتنا المعاصر السيارة - على أن يُركبَها من شاء، ثم أركبَها رجلا أو امرأة ضخمة ثقيلة، (أو وضع أثقالا على السيارة لا تحتملها)، وتلفت بهذا، فإذا كانت الدابة (أو السيارة) غير قادرة على حملها، فإنه يضمن قيمتها[٣]؛ لأن مبنى الإجارة على المشاحة، والمؤجر لا يرضى بما فعل المستأجر، فيكون تعديًا على العين، فيضمنها.

٤- من استأجر دارًا على أن يعطي أجرتها حيوانًا (بقرة أو شاة ونحو ذلك)، ولم يُعين الحيوان، فإن هذه الإجارة فاسدة؛ لأن الحيوان لا يصلح أن يكون ثمنًا إلا إذا كان معينًا؛ لأنه من غير تعيين يكون مجهول المالية؛ والإجارة مبنية على الاستقصاء في البدل، مشروعة لتحصيل المال كالبيع؛ فلهذا لا يثبت في الإجارة[٤].

٥- لو استأجر شخص رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالأجر عليه، فإن موجب العقد أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود

---

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٣٩، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/١٢٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٥٥٠، حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٣/٧٢٨، منح الجليل ٧/٤١٥.

(٢) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل مع حاشية العدوي ٧/١٤، الشرح الكبير للدردير ٤/١٤.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٦٣٦- ٦٣٧.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/١٣٧.

عليه، فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد؛ لأن الإجارة بنيت على المضايقة والمماكسة، فتفسد بالشرط كالبيع؛ لأن اشتراطه يكون سببًا للمنازعة[١].

٦- إذا أكرى ناظرُ الحبس ربعَ الحبس بعد النداء عليه والاستقصاء، ثم جاءت زيادة من شخص آخر، لم يكن له نقض الكراء، ولا قبول الزيادة، إلا أن يثبت بالبينة أن بالكراء الأول غبنًا على الحبس، فتقبل الزيادة ولو ممن كان حاضرًا، وكذلك الحكم في الوصي في كرائه ربعَ يتيمه أو إجارته ثم يجد زيادة[٢]؛ لأن الإجارة مبنية على المشاحة والمضايقة، والحصول على الزيادة يناسب ذلك.

٧- من استأجر ظئرًا للرضاعة ثم آجر أخرى، فماتت الأولى، فإن الثانية لا يلزمها الإرضاع وحدها حيث علمت بالأولى؛ لأن الضمان معروف، والإجارة بيع، فهي على المشاحة[٣].

من التطبيقات المعاصرة:

٨- في عقود time share[٤] لا بد من معرفة المستأجر وقت استيفاء

---

(١) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٢١/٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٦٦٩/٧.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٣٢/٦.

(٤) قرار رقم: ١٧٠ (١٨/٨).

بشأن عقد التملك الزمني (time sharing):

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الثامنة عشرة في بوتراجايا (ماليزيا) من ٢٤ إلى ٢٩ جمادى الآخرة ١٤٢٨هـ، الموافق ٩-١٣ تموز (يوليو) ٢٠٠٧م.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد التملك الزمني (time sharing)، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

أولاً: تعريف التملك الزمني المشترك:

=

المنفعة، وأن توصف له العين المستأجرة وصفًا يرفع الجهالة، أو يراها، وإلا فلا يصح هذا العقد؛ لأن الإجارة مبناها على المشاحة.

٩- من استأجر سيارة على أنه إن مكث في هذه البلدة شهرًا، فالأجرة عليه، وإن تركها وسافر فليس عليه أجرة، فإن الإجارة تكون فاسدة؛ لأن مبنى الإجارة على المشاحة، وهذه إجارة تؤدي إلى المنازعة؛ لجهالة مدة الإجارة.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

= هو عقد على تملك حصص شائعة، إما على سبيل الشراء لعين معلومة على الشيوع، أو على سبيل الاستئجار لمنافع عين معلومة لمدد متعاقبة، أو الاستئجار لمنافع عين معلومة لفترة ما بحيث يتم الانتفاع بالعين المملوكة، أو المنفعة المستأجرة بالمهايأة الزمانية، أو المهايأة المكانية، مع تطبيق خيار التعيين في بعض الحالات لاختصاص كل منهم بفترة زمنية محددة.

ثانيًا: أنواع التملك الزمني المشترك:

ينقسم التملك الزمني المشترك إلى:

تملك تام (للعين والمنفعة): بشراء حصة شائعة بعقد البيع للانتفاع المشترك في مدد متعاقبة.

تملك ناقص (للمنفعة فقط): باستئجار حصة شائعة من المنفعة بعقد الإجارة للانتفاع المشترك في مدد متعاقبة.

ثالثًا: الحكم الشرعي لمبدأ (التملك الزمني المشترك):

يجوز شرعًا شراء حصة مشاعة في عين واستئجار حصة مشاعة في منفعة محددة لمدة مع الاتفاق بين الملاك للعين، أو المنفعة على استخدامها بطريقة المهايأة (قسمة المنافع) زمنيًا أو مكانيًا، سواء اتفق على المهايأة بين الملاك مباشرة أو من خلال الجهة الموكول إليها إدارة الملكية المشتركة، ولا بأس بتداول الحصة المشاعة بيعًا وشراء وهبة وإرثًا ورهنًا، وغير ذلك من التصرفات الشرعية فيما يملكه المتصرف لانتفاء المانع الشرعي.

يشترط لتطبيق المبدأ المشار إليه استيفاء المتطلبات الشرعية للعقد، بيعًا كان أو إجارة.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٨

نص الضابط: الإِجَارَةُ كَالبَيعِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الإجارة مثل البيع[٢].

٢- حكم الإجارة كالبيع[٣].

٣- الإجارة بيع من البيوع[٤].

٤- الإجارات صنف من البيوع[٥].

٥- الكراء بيع من البيوع[٦].

٦- الإجارة بيع[٧].

---

(١) شرح السير الكبير لمحمد بن أحمد السرخسي ٣/٩٤٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٩٣، المنثور في القواعد للزركشي ١/٣٠، أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٧/٧٤ وأصل العبارة: «الإجارة كالبيع».

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٠/٤٧٢، المدونة ١٠/٣٧١.

(٣) المبدع شرح المقنع ٤/٤٩٢.

(٤) الموطأ للإمام مالك مع المنتقى شرح الموطا للباجي ٥/١٢٥.

(٥) الأم للشافعي ٤/٢٦.

(٦) الأم للشافعي ٤/٢١.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٠١.

صيغ ذات علاقة :

١- ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة[١]. (أخص).

٢- كل ما حرم بيعه حرم إجارته[٢]. (أخص).

٣- كل من صح شراؤه صح استئجاره[٣]. (أخص).

٤- كل جهالة تفسد البيع تفسد الإجارة[٤]. (أخص).

٥- الأجر بمنزلة الثمن في البيع[٥]. (أخص).

٦- الإجارة ليست بيعًا[٦]. (مخالفة).

شرح الضابط :

سبق تعريف الإجارة، وأما (البيع) في اللغة: فهو مصدر باع، وهو: مبادلة مال بمال، أو بعبارة أخرى: مقابلة شيء بشيء، أو دفع عوض وأخذ ما عوض عنه[٧].

---

(١) الجوهرة النيرة للعبادي١/٢٦٠، البناية للعيني ٨٧٤/٧ وانظر: مرآة المجلة لمسعود أفندي ص١٤٥، شرح المجلة للأتاسي٢/٥٤٦، الذخيرة البرهانية لابن مازه ١٨٨/٦، رمز الحقائق للعيني ١٤٨/٢، التاج والإكليل للمواق ٤٦٨/٧، شرح ميارة ١١٠/٢، النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ١١٥/٨، المغني لابن قدامة ١٤/٨، المبدع لابن مفلح ٦٩/٥، البحر الزخار لأحمد المرتضى ٥١/٥، الجامع للشرايع للحلي ٢٩٨/١، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١٥٥/٢.

(٢) إلا الحر والحرة فلا يصح بيعهما، وتصح إجارتهما. انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ٢٣١/١، فتح العلي المالك لعليش ٢٨٨/١، المبدع لابن مفلح ٧٥/٥.

(٣) المجموع ٥/١٥.

(٤) الاختيار للموصلي ٥٧/٢ وانظر: الفتاوى البزازية ص ٢٦.

(٥) المبسوط للسرخسي ١١٣/١١.

(٦) المحلى لابن حزم ٣/٧.

(٧) انظر: المصباح، المغرب، اللسان، مادة (بيع).

أما في الاصطلاح فهو : عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد، لا على وجه القربة[١].

ويفيد هذا الضابط : أن حكم عقد الإجارة كحكم عقد البيع من حيث الجواز والحرمة، فكل ما يجوز في عقد البيع يجوز في عقد الإجارة، وما لا يجوز في عقد البيع لا يجوز في عقد الإجارة.

فمثلا يجوز بيع الأشياء المباحة، كالثياب والدواب والدور ونحوها، فكذلك الحكم بالنسبة لإجارتها.

ولا يجوز بيع الأشياء المحرمة، كبيع الكتب التي تعلِّم السحر والشعوذة، وبيع السلاح لمن يقتل به المسلمين، فكذلك الحكم في إجارتها[٢].

وهذا ما عليه جمهور الفقهاء[٣].

وذهب ابن حزم إلى أن الإجارة ليست بيعًا؛ لأنها تجوز في كل ما لا يحل بيعه، كالحر، والكلب، والسنور، وغير ذلك، ولو كانت بيعًا لما جازت إجارة الحر[٤].

---

(١) هذا التعريف للقليوبي من الشافعية، وخرج بالمعاوضة نحو الهدية، وبالمالية نحو النكاح، وبإفادة ملك العين الإجارة، وبالتأبيد الإجارة أيضًا، وبغير وجه القربة القرض والمراد بالمنفعة بيع نحو حق الممر. انظر: حاشية القليوبي ١٥٢/٢.

(٢) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ٢٣١/١ وانظر: فتح العلي المالك لعليش ٢٨٨/١، المبدع لابن مفلح ٧٥/٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤٧٢/١٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٩٣/٢، أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٧٤/٧، المدونة ٣٧١/١٠، المنثور في القواعد للزركشي ٣٠/١، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٤٨٨/٩، المبدع شرح المقنع ٤٩٢/٤، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى٣١٨/٦، شرح النيل لأطفيش١٦٩/١٦، ٣٦٤/١٨، الروضة البهية للعاملي ١٦٢/٣، القواعد والفوائد للعاملي ١٠٩/٢، الجامع للشرايع للحلي ٢٩٨/١، جامع المقاصد للكركي ٩٧/٩، ١٢٠/١١.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٣/٧.

ووجه المشابهة بين البيع والإجارة في الحكم، أن الإجارة أحد نوعي البيع: العين، والمنفعة، فكانت المنافع في باب الإجارات كالمبيع في باب البيع، والأجرة في الإجارات كالثمن في البياعات[١]، فاشترط في المنافع التي هي الفرع ما اشترط في الأعيان التي هي الأصل من الطهارة، ونفي الجهالة، والقدرة على التسليم، وغير ذلك، قال الكاساني: «الأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات؛ لأن كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال، فما يصلح ثمنًا في البياعات يصلح أجرة في الإجارات، وما لا فلا، وهو أن تكون الأجرة مالا متقومًا معلومًا»[٢].

لكن هذا التشابه من هذه الناحية ليس مطردًا في جميع النواحي الأخرى؛ إذ الإجارة والبيع عقدان لكل واحد منهما خصوصية عن الآخر، وإن اتفقا أحيانًا.

يوضح ذلك أن الفقهاء نصوا على بعض الفروق بين الإجارة والبيع منها:

١- الإجارة أوسع من البيع، فهي تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع[٣].

٢- الإضافة إلى الزمن المستقبل تجوز عند الحنفية في الإجارة دون البيع[٤].

٣- المنافع في الإجارة لا تملك جملة واحدة بل شيئًا فشيئًا[٥].

وسبب المغايرة بينهما راجع إلى أن الإجارة عقد شرع على خلاف القياس؛ لحاجة الناس[٦]، بخلاف البيع.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٥.
(٢) بدائع الصنائع ٤/١٩٣.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٥.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٣.
(٥) انظر: المنتقى للباجي ٥/١١٥.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٤.

ولعل هذا التغاير هو السبب في عدم جعلِ ابنِ حزم الإجارة بيعًا؛ لاختلافهما في بعض الأحكام ـ كما مثّل سابقًا ـ وإلا فإن شرط كون الأجرة معلومة طاهرة، والمؤجر عليه مباحًا مقدورًا عليه محل اتفاق بين الجميع، لكن الجمهور نظر إلى الحكم الأغلبي؛ فاعتبر الضابط، بينما نظر ابن حزم إلى الحكم الكلي؛ فلم يعتبره.

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[النساء:٢٩]، ووجهه: أن الإجارة تجارة؛ لأن التجارة تبادل المال بالمال، والإجارة كذلك[١].

٢- ولأن الإجارة تمليك؛ يملك بها المستأجر المنفعة إلى المدة التي اشترطت حتى يكون أحق بالمنفعة التي ملكها من مالكها الأصلي، ويملك بها مالك العين العوض الذي أخذه عنها، وهذا هو البيع نفسه؛ إذ البيوع كلها إنما هي تمليك من كل واحد من المتعاقدين لصاحبه[٢].

٣- ولأن المعقود عليه في البيع العين، وفي الإجارة المنفعة، والعين أصل، وبما أن المنفعة تابعة لذلك الأصل؛ فما صلح لأن يكون بدلا للعين يصلح لأن يكون بدلا لتابعها[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٧٩/٤.

(٢) انظر: الأم للشافعي ٢٦/٤.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧٧/٣.

تطبيقات الضابط :

أولاً : التطبيقات التي هي أحكام فرعية :

١- الإجارة كالبيع؛ تنعقد بالمشافهة، وتنعقد بالمكاتبة، وبإشارة الأخرس المعروفة(١).

٢- يشترط العلم بأجل الإجارة أو مكانها؛ قياسًا على البيع؛ لأن الإجارة كالبيع، والعلم شرط في البيع(٢).

٣- تكون الإجارة فاسدة إذا رُبطت بشرط فاسد؛ لأنها كالبيع، والبيع يفسد بالشرط الفاسد(٣).

٤- تستقر في الإجارة الفاسدة أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الصحيحة؛ لأن الإجارة كالبيع، والمنفعة كالعين، والبيع الفاسد كالصحيح في الضمان بالقبض، فكذا الإجارة(٤).

٥- يجوز اتخاذ حِرَف يتكسب منها المحترف من غير أن يبذل فيها جهدًا، أو يزيد زيادة، كالخياط يتسلم الثوب ليخيطه بدينارين، فيعطيه لمن يخيطه بدينار ويأخذ الفرق؛ لأن مثل هذه الإجارة كالبيع، وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر، فكذلك الإجارة(٥).

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٩٤.

(٢) انظر: شرح النيل لأطفيش ١٨/٣٦٤.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٦٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٠/٤٧٢.

(٤) انظر: نهاية المحتاج ٥/٢٦٤، حاشية القليوبي ٣/٨٦، المهذب ١/٣٩٩، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٩/٤٨٨.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٢٥، مواهب الجليل ٦/٤١٧، المهذب ١/٤١٠، القواعد لابن رجب ص١٩٧، المغني ٥/٤٧٩.

٦- للمستأجِر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها؛ لأن الإجارة كالبيع، وبيع المبيع يجوز بعد القبض، فكذلك إجارة المستأجر[١]، إلا إذا منع من ذلك المالك؛ فلا يجوز.

٧- سوم المسلم على سوم أخيه لا يجوز، فكذا استئجاره على إجارة أخيه[٢]؛ لأن الإجارة كالبيع.

٨- إذا وجد المستأجِر بالعين المستأجَرة عيبًا جاز له أن يردها؛ لأن الإجارة كالبيع، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجَر بالعيب كذلك[٣].

ثانيًا: التطبيقات التي هي في حد ذاتها ضوابط:

١- ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون أجرة في الإجارة[٤]!!!

فالنقود من الذهب والفضة، وكذا المكيلات والموزونات، يجوز أن تعطى للبائع في عقد البيع، فكذلك يجوز أن تعطى للمؤجر في عقد الإجارة؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، والأجر ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع[٥].

٢- كل من صح شراؤه صح استئجاره[٦]:

فالحر البالغ العاقل يصح منه البيع والشراء، فكذلك تصح منه الإجارة[٧].

---

(١) المهذب ٢/٢٥٤.
(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٧/٣٢٨.
(٣) انظر: شرح الدر ٢/٢٧٨، ٢٧٩، كشف الحقائق وشرح الوقاية ٢/١٦٥، الشرح الكبير للشيخ الدردير ٤/٣٢، المهذب ٢/٢٦١.
(٤) الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٦٠، البناية للعيني ٧/٨٧٤.
(٥) انظر: لسان الحكام لابن الشحنة ١/٢٢٣.
(٦) المجموع ١٥/٥.
(٧) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٧٦، المدونة لسحنون ٣/٤٤٠

٣- كل جهالة تفسد البيع تفسد الإجارة[١]:

فجهالة المبيع والثمن والأجل إن كان المبيع مؤجلا تفسد عقد البيع، فكذلك جهالة العين المستأجَرة والأجرة ومدة الإجارة تفسد عقد الإجارة، كما سبق.

استثناءات من الضابط:

- الإجارة كالبيع إلا فيما يلي:

١- العوض يُملك في البيع بالقبض من الطرفين ملكًا مستقرًا، وفي الإجارة يملك العوض ملكًا غير مستقر إلى أن تمضي المدة[٢].

٢- إذا تلفت العين المأجورة قبل الانتفاع بها تنفسخ الإجارة، بخلاف البيع؛ فإذا تلف المبيع بعد قبض المشتري له لا ينفسخ البيع[٣].

براء الإدلبي

* * *

(١) الاختيار للموصلي ٥٧/٢ وانظر: الفتاوى البزازية ص ٢٦.

(٢) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/ ٣٠.

(٣) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١/ ٣٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٧٩

نص الضابط: كُلُّ مَا أَمْكَنَ الانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ، صَحَّتْ إِجَارَتُهُ[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل عين ظاهرة يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها؛ جاز إجارتها[2].

٢- كل ما يُعرف بعينه ويُنتفع به من غير إتلافه؛ يجوز إجارته[3].

٣- الإجارة إنما تصح فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ونماء أصله[4].

٤- إنما يَرِد عقد الإجارة على ما يُنتفع به مع بقاء عينه[5].

---

(١) متن أبي شجاع مع الإقناع ٣٤٨/٢ وفي دليل الطالب لمرعي الكرمي ص١٤٢ «كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إجارته»، وصرّحت بعض المصادر الفقهية بتسميته (ضابطًا) فيما يجوز استئجاره، كما في مغني المحتاج للشربيني ٣٣٥/٢ وحاشية الشهاب الرملي على شرح روض الطالب ٤٠٦/٢.

(٢) إتحاف السادة المتقين للزبيدي ٤٥٨/٥ (بتصرف يسير).

(٣) التاج والإكليل للمواق ٤١٤/٤.

(٤) التاج المذهب للعنسي ٦٨/٣ وفي البحر الزخار لابن المرتضى ٣٢/٥ «لا تصح الإجارة فيما لا يُنتفع به مع بقاء عينه».

(٥) المبسوط للسرخسي ٤٩/١٤.

صيغ ذات علاقة :

١- لا تجوز إجارة ما لا يُعرف بعينه، ولا كل ما لا يُنتفع به إلا بإتلافه[١]. (تكامل).

٢- الإجارة إذا وقعت على إتلاف الأعيان كانت باطلة[٢]. (تكامل).

٣- لا يجوز إجارة ما تتلف عينه أصلا[٣]. (تكامل).

٤- كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، تصح إعارته وإجارته[٤]. (أعم).

شرح الضابط :

موضوع الضابط يتعلق بما يصح إجارته وما لا يصح.

من المقرر لصحة عقد الإجارة أن يتمكن المستأجِر من استيفاء المنافع من العين التي استأجرها، دون أن يؤدّي ذلك إلى استهلاك تلك العين وتَـلَـفها، وتلاشي أجزائها باستعمال المستأجِر لها، فإذا كان انتفاع المستأجِر بالعين لا يتم ولا يتحقق إلا بذهاب أجزاء العين المستأجَرة، كإجارة المطعوم والمشروب، أو إجارة الشمع ليُشعله، أو إجارة الصابون ليُغسَل به، أو إجارة الحطب ليُطبخ به الطعام، ونحو ذلك مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، فإنه لا يصح إجارته، بل يُعدّ ذلك قرضًا[٥]، أو بيعًا؛ اعتبارًا بالمقصود دون اللفظ؛ إذ العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وهذا ما جاء التصريح به في

---

(١) التاج والإكليل للمواق ٤/٤١٤.

(٢) الفتاوى الخيرية لخير الدين أحمد بن علي الرملي ٢/١١٩.

(٣) المحلى لابن حزم ٧/٤ وفي شرح النيل لأطفيش ١٠/٧١ «لا يجوز كراء جميع ما يكون الاستنفاع به، ذهابُه».

(٤) الروضة البهية للعاملي ٤/٣٣١.

(٥) انظر: منار السبيل لابن ضويان ١/٣٨٤، التاج المذهب للعنسي ٣/٦٨، شرح النيل لأطفيش ١٠/٧١.

صيغة من صيغ هذا الضابط، وهي: «كل ما كان على إتلاف العين لا تجوز إجارته»(١).

وعلى هذا؛ فتصح إجارة كل ما أمكن الانتفاع به مع بقاء عينه - كما يقرره هذا الضابط - كالدُّور والدكاكين ووسائل النقل، وهو مما أجمع عليه أصحاب المذاهب الثمانية(٢).

وقد نبه بعض الفقهاء إلى: أن ضرورة بقاء العين لصحة عقد الإجارة، إنما هي في إجارة شيء بعينه (وهي التي تسمى بالإجارة العينية، أو إجارة الأعيان) كاستئجار دار بعينها مثلا، فإن هلكت العين المستأجَرة (كأن انهدمت الدار، أو احترق الثوب المستأجَر)، تنفسخ الإجارة؛ لأنه فات جنس الانتفاع المعهود بالعين، والعقد ينفسخ بهلاك المعقود عليه(٣).

أما إذا وقعت (الإجارة على عين موصوفة في الذمة) كتعاقد مدرسة - مثلا - على استئجار عدد من الحافلات - بدون تحديد أعيانها - لتوصيل الطلاب إلى المدرسة، فهنا لو عطبت إحدى الحافلات المستأجَرة، فلا تنفسخ الإجارة، بل يطالَب المؤجِر بإبدالها بحافلة أخرى؛ لأن المعقود عليه باق في الذمة؛ وذلك لأن العقد هنا يقع على (عين في الذمة)، فإذا هلكت تلك العين بقي ما في الذمة بحاله، فكان على المؤجِر أن يأتي بعين أخرى غير الأُولى، وهذا بخلاف (إجارة العين)؛ فإن المعقود عليه نفسه قد فات فيها بفوات العين المستوفى منها(٤).

---

(١) انظر: التحقيق الباهر (مخطوط) لهبة الله التاجي ٥٠٧/٢.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٥٧/٢، التاج والإكليل ٤٢٣/٥، الشرح الصغير للدردير ١٠/٤، متن أبي شجاع مع الإقناع ٣٤٨/٢، منار السبيل ٣٨٤/١، المحلى ٣/٧ و٤ و٥ و٢٨/٧، البحر الزخار ٣٠/٥، الروضة البهية ٣٣١/٤، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١٣٠/٢، شرح النيل لأطفيش ٧١/١٠.

(٣) انظر: تحفة الفقهاء ٣٥٠/٢، التاج والإكليل ٤١٨/٤، كفاية الأخيار للحصني ص٢٩٦، الإقناع للشربيني ٣٥١/٢، منار السبيل ٣٨٩/١، المحلى ١٠/٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٣/٤ وكفاية الأخيار للحصني ص٢٩٦.

أدلة الضابط :

١- لا يمكن استيفاء منافع العين المستأجَرة إلا ببقاء العين؛ ولهذا فإن الإجارة إن كانت تؤدي إلى ذهاب العين وانعدامها، فلا تصح، بل تنفسخ؛ لأنه لا يمكن استيفاء المعقود عليه بعد هلاك العين، فلا يكون في بقاء العقد فائدة(١).

٢- أخذ المعاوضة على ما تتلف عينه، يُعتبر بيعًا لا إجارة؛ لأن جواز إتلاف العين فرع تملُّكه، وهو مقتضى عقد البيع؛ إذ به تُملَك العين والرقبة، أما الإجارة فلا تُملَك بها العين، ولا تُستهلَك أصلا(٢).

تطبيقات الضابط :

١- تصح الإجارة مدةً تبقى فيها العين المؤجَرة غالبًا، وإن طالت المدة، فيؤجَر الدار - مثلا - ثلاثين سنة، ووسائل النقل عشر سنين، والثوب سنة أو سنتين، على ما يليق به، والأرض مائة سنة أو أكثر(٣).

٢- يصح استئجار دار يجعلها مسجدًا؛ لأنها منفعة مباحة يمكن استيفاؤها من الدار مع بقائها(٤).

٣- لو استأجر أرضًا لزراعة، فزَرَع، فهلك الزرع بجائحة من شدة حر، أو برد، أو سيل، أو كثرة مطر، أو جراد، أو نحوها، فليس له الفسخ، ولا حطٌّ شيء من الأجرة؛ لأن الجائحة لم تؤثر في منفعة

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٧/ ٤ و٧/ ١٢ و٧/ ٢٨.

(٣) انظر: شرح منهاج الطالبين للجلال المحلي ٣/ ٨١، الإقناع للشربيني ٢/ ٣٥٠، الإنصاف للمرداوي ٦/ ٤٠، كشاف القناع ٤/ ٥، والمحلى ٧/ ١١.

(٤) انظر: كشاف القناع ٣/ ٥٦١.

الأرض[١]، فلو تلفت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات؛ انفسخت الإجارة في المدة الباقية[٢]، كما أن غرق الأرض يفسخ الإجارة؛ لفوات عين المعقود عليه[٣].

٤- يجوز إجارة الوقف، في وقف الأعيان، فإن مات المؤجر فانتقل الوقف إلى من بعده، لم تنفسخ الإجارة[٤]؛ لأن العين الموقوفة باقية كما هي.

٥- لو وُرِّث المأجور بأن مات مالكه وانتقل إلى ورثته، أو اشتُرِي، أو اتُّـهِب، فالإجارة بحالها[٥]؛ لأن العين المستأجَرة - في جميع تلك الحالات - تبقى كما هي، ويستمر الانتفاع بها مع بقائها.

٦- يجوز بيع العين المستأجَرة ولا تنفسخ الإجارة (لبقاء العين)، إلا أن يشتريها المستأجر[٦].

٧- يجوز إجارة الألبسة والخيام، وإجارة الأواني والقدور للطبخ، وأمثال ذلك من المنقولات، إلى مدة معلومة في مقابل بدل معلوم[٧]؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء يتم مع بقاء أعيانها.

---

(١) شرح المنهاج للجلال المحلي ٣/٨٤-٨٥ ومغني المحتاج ٢/٣٥٥.

(٢) مغني المحتاج ٢/٣٥٥.

(٣) حاشية قليوبي على شرح المنهاج ٣/٨٤-٨٥.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٦/٣٦.

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي ٦/٣٩ وكشاف القناع ٣/٥٦٨.

(٦) الإنصاف للمرداوي ٦/٣٩.

(٧) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٥٢٧.

ويتخرج على هذا من التطبيقات المعاصرة:

١- ما يُعرف بمحلات إيجار مستلزمات الضيافة، التي تقوم بتأجير البُسُط والسجّادات والكراسي والمصابيح وأواني الأكل والشرب... إلخ، كل ذلك يستأجر بأجرة معلومة لمدة معلومة، فذلك جائز؛ لما سبق من أنه يُنتفع بهذه الأشياء مع بقاء أعيانها كما هي.

٢- جواز استئجار العباءات الرِّجالية (المشالح)، التي تُلبس في مناسبات رسمية، أو مواسم الأعياد والأفراح، وكذلك استئجار فساتين النساء للأعراس ونحوها أيضًا؛ لإمكان الانتفاع بهذه الملابس مع بقاء أعيانها.

٣- من التطبيقات المعاصرة أيضًا التي يمكن تخريجها على هذا الضابط:

أن بعض المكتبات الجامعية تأخذ رسومًا فصلية أو سنوية من منتسبي الجامعة في مقابل السماح لهم بأخذ الكتب منها، فيقال بجواز دفع هذه الرسوم وتخريجها على هذا الضابط؛ بناء على اعتبار هذه المعاملة إجارة بين الشخص والجامعة، وهي معاملة صحيحة؛ استنادًا إلى ما صرَّح به فقهاء الحنابلة من جواز استئجار الكتب للقراءة والنظر فيها؛ لأن النفع يُستوفى فيها مع بقاء أعيان الكتب[1].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: كشاف القناع ٣/٥٦١ .

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٠

نص الضابط: كُلُّ عَمَلٍ فِيهِ مَنْفَعَةٌ وَكَانَ عَمَلُهُ مُبَاحًا فَجَائِزٌ الإِجَارَةُ فِيهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الإجارة جائزة في كل شيء له منفعة[٢].

٢- العمل المباح المعلوم في نفسه يجوز الاستئجار عليه[٣].

٣- لا تنعقد الإجارة إلا على نفع مباح لغير ضرورة، مقدور عليه، يستوفى دون الأجزاء[٤].

٤- تصح الإجارة في كل منفعة مقدورة للأجير، غير واجبة عليه، ولا محظورة[٥].

٥- عقد الإجارة إنما يتناول مباحًا لا محظوراً[٦].

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/٧٥٥، المحلى لابن حزم ٩/٥٢٥، وانظر: المبسوط للسرخسي ١٦/٤٠.

(٢) المحلى لابن حزم ٧/٣.

(٣) انظر: المبسوط ١٦/٥٢، المغني لابن قدامة ٥/٢٧٠.

(٤) انظر: الفروع لابن مفلح ٤/٤٢٧.

(٥) السيل الجرار للشوكاني ٣/١٨٩.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٩٥٥.

٦- شرط المنافع في الإجارة أن تكون مباحة معلومة[١].

٧- يجوز عقد الإجارة على كل عمل حلال[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل جواز الإجارة على أعمال القُرَب[٣]. (أخص).

٢- الاستئجار على المعصية لا يجوز[٤]. (قسيم).

٣- تصح الإجارة فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وبقاء أصله[٥]. (بيان).

شرح الضابط :

تعريف (المنفعة): النفع ضد الضر، يقال: نفعه ينفعه نفعًا ومنفعة[٦].

و(المباح) في اللغة: مأخوذ من الإباحة، وهي الإحلال، يقال: أبحتك الشيء، أي أحللته لك، والمباح خلاف المحظور[٧].

وعرَّف الأصوليون (الإباحة): بأنها خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين تخييرًا من غير بدل[٨].

---

(١) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ٣٧١/١.
(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠٨/١٠.
(٣) انظر: زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١٣٨/١/ب.
(٤) المبسوط: ٣٨/١٦، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.
(٥) السيل الجرار للشوكاني ١٨٩/٣.
(٦) لسان العرب ٣٥٨/٨.
(٧) انظر: لسان العرب (بوح).
(٨) انظر: مسلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت ١١٢/١، الأحكام للآمدي ٦٣/١.

ومفاد الضابط: أن الإجارة تجوز في كل عمل تحقق فيه ما يلي:

أ- أن يعود بالنفع على الإنسان، ولا يكون فيه ضرر عليه.

ب- أن يكون ذلك العمل مباحًا، لا معصية فيه ولا إثم.

وهذا متفق عليه عند كافة الفقهاء[1]:

ويشترط لانعقاد الإجارة على المنفعة شروط هي:

أولاً: أن تقع الإجارة على المنفعة، لا على استهلاك العين[2].

ثانيًا: أن تكون المنفعة متقومة مقصودة الاستيفاء بالعقد[3].

ثالثًا: أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء، وليست طاعة مطلوبة، ولا معصية ممنوعة.

رابعًا: القدرة على استيفائها[4].

هذا، ويؤخذ من مفهوم الضابط: أن الاستئجار على ما فيه ضرر ومعصية لا يجوز، كاستئجار الإنسان للَّهو المحرَّم، وتعليم السحر، والشعر المحرَّم، وانتساخ كتب البدع المحرمة، وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنَّوح[5].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/ ٤٠، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٥٥، حاشية البجيرمي على المنهج ٤/ ٩٩، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٣/ ٦٩، المغني ٥/ ٤٠٦، المحلى لابن حزم ٩/ ٥٢٥، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى ٤/ ٣٣٥، شرح النيل لأطفيش ١٨/ ٢٢٦، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/ ٧١، الروضة البهية للعاملي ٣/ ١٦٢.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٤١٩.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٤/ ٤١١، البدائع ٤/ ١٧٥، ١٧٦، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٠، الشرح الصغير ٤/ ١٦٠، المهذب ١/ ٣٩٤، ٣٩٥، حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٣/ ٦٩، المحرر ١/ ٣٥٦، المغني ٥/ ٤٠٦.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٤/ ٤١١، البدائع ٤/ ١٨٧، منهاج الطالبين وحاشية القليوبي ٣/ ٦٩، ٧٢، المهذب ١/ ٣٩٦.

(٥) انظر: الفرائد البهية في القواعد الفقهية للشيخ محمود حمزة ص ٧٦.

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

٢- قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَـٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَـٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَـٰنِىَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾[القصص: ٢٦، ٢٧].

٣- عن عروة بن الزبير عن عائشة، رضي الله عنها، : استأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلا من بنى الديل ثم من بني عبد بن عدي هاديًا خريتًا (الخريت: الماهر بالهداية)[١].

٤- عن ابن عباس، رضي الله عنهما، : أن النبي ﷺ احتجم[٢]، وأعطى الحجام أجره[٣].

وجه الاستدلال من هذه النصوص الشرعية كلها: أن الأصل في الاستئجار هو الجواز في شيء، لم يُنهَ عنه تصريحًا أو تلويحًا.

٥- تجوز الإجارة على العمل النافع المباح؛ لأن الإجارة وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على ما يبتغونه من المنافع التي لا ملك لهم في أعيانها، فالحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فالفقير محتاج إلى مال الغني، والغني محتاج إلى عمل الفقير، ومراعاة حاجة الناس أصل في شرع العقود؛ فيشرع على وجه ترتفع به الحاجة، ويكون

(١) رواه البخاري ٣/٨٨ (٢٢٦٣)، ٨٩ (٢٢٦٤)، ٥/٥٨ (٣٩٠٥).

(٢) (الحجامة): إخراج الدم من البدن بواسطة المص بعد شرط الجلد انظر: إكمال الإكمال ٤/٢٦٥، الزرقاني على الموطأ ٢/١٨٧، فتح الباري ١٢/٢٤٤.

(٣) رواه البخاري ٧/١٢٤ (٥٦٩١)، ومسلم ٣/١٢٠٥ (١٢٠٢).

موافقًا لأصل الشرع[١]، وما لا منفعة فيه أو لم يبحه الشارع يتنافى مع مقاصده؛ فكان ممنوعًا.

تطبيقات الضابط :

١- تجوز الإجارة على تعليم القرآن الكريم، وعلى تعليم اللغة والأدب، وغير ذلك من العلوم النافعة، وكذلك إجارة كتب العلم التي يجوز بيعها؛ للانتفاع بها في القراءة والنسخ منها[٢].

٢- يجوز للطبيب أن يأخذ الأجرة على تطبيبه إن كان مباحًا لا ضرر فيه، مثل ما يأخذه على الختان والمداواة؛ لأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعا؛ فجاز الاستئجار عليه، كسائر الأفعال المباحة[٣].

٣- تجوز إجارة الثياب والحلي للتزين عند الشافعية والحنابلة؛ لأن الزينة من المقاصد المشروعة[٤].

٤- يجوز استئجار المرأة للرضاع مدة معينة بإذن الزوج[٥].

٥- تجوز الإجارة على تعليم الصنائع المباحة، كالصياغة والخياطة، كما تجوز على تعليم السباحة[٦].

---

(١) انظر: المبسوط ٧٤/١٥، ٧٥، البدائع ١٧٤/٤، بداية المجتهد ٢٤٠/٢.

(٢) انظر: تكملة البحر الرائق للطوري ٢٢/٨، بدائع الصنائع للكاساني ١٩١/٤، المغني ١٤٣/٦.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٣١٣/٥، شرح النيل لأطفيش ٢٣٧/١٨.

(٤) أما الحنفية: فقد صرحوا بفساد إجارة مثل الثياب والأواني للتزين؛ لأنها منفعة غير مقصودة من العين وكـــره المالكيـــة إجارة الحلي، وقالوا: الأولى إعارته؛ لأنها من المعروف. انظر: روضة الطالبين ٢٢٥/٥، حاشية القليوبي ٦٨/٣، ٦٩، المغني ٥٤٥/٥، ٥٤٦، حاشية ابن عابدين ٣/٥، ٢١، مجلة الأحكام العدلية م/٥٣٤، ٧٣٧، حاشية الدسوقي ١٧/٤، جواهر الإكليل ١٨٨/٢.

(٥) انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٧١/٣.

(٦) انظر: شرح النيل لأطفيش ٢٣١/١٨-٢٣٢.

٦- يجوز الاستئجار للبناء ولحفر الآبار والأنهار، كما يجوز أن يستأجر لحصاد زرعه، وسقيه، وتنقيته، ونقله إلى موضع معين[١].

٧- يجوز الاستئجار على إبطال السحر إذا كان بغير سحر مثله، وإنما بالقرآن والسنة، ونحو ذلك من الأدعية بما يُعد من الرقيا الشرعية[٢].

٨- يصح استئجار الجوارح من الحيوان للصيد، وغيره من المباحات؛ إذ منفعتها مباحة[٣].

٩- يجوز استئجار الدلال (السمسار) الذي يقوم بالدلالة والترويج للبيع إذا كان لعمل مباح[٤].

١٠- لا بأس بالأجرة على المخاصمة (المحاماة) في طلب الحق، واقتضاء الدَّين، ما لم يسْعَ المستأجَر في إبطال الحق أو تحقيق باطل[٥].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: المغني ٦/٣٨.
(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤/٣٠٢.
(٣) انظر: حاشية قليوبي ٣/٧٨، شرح البهجة الوردية ١٢/١١٢، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى ٤/٣٣٥، البحر الزخار لابن المرتضى ٩/٣٣٠.
(٤) الكافي لابن عبد البر ١/٣٧٥، المغني ٦/٣٨.
(٥) الكافي لابن عبد البر ١/٣٧٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨١

نص الضابط: الإِجَارَةُ لَا تَنْفَسِخُ بِغَيرِ عُذْرٍ[١].

صيغ أخرى للضابط :

- لا تُفسخ الإجارة من غير عذر[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- الإجارة تُفسخ بالأعذار[٣]. (صيغة مقابلة).

٢- متى تعذَّر شيء مما يُستوفَى منه الإجارة، انفسخت[٤]. (صيغة مقابلة).

٣- الإجارة لا تنفسخ بالعذر[٥]. (صيغة مخالفة).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ١١٧/٣.
(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢٠١/٤.
(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٦٠/٢ وفي النُّتف في الفتاوى للسُّغدي ٥٧٦/٢ «الإجارة تُفسخ بالعذر» وفي المبسوط للسرخسي ٢٦/١٣ «الإجارة تنفسخ بالأعذار» وفي التاج المذهب للعنسي ١١٩/٣ «فسخ الإجارة بالأعذار جائز».
(٤) حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ٤٩/٤.
(٥) روضة الطالبين للنووي ٢٤٥/٥، المنثور للزركشي ٩٢/١، وفي منهاج الطالبين ٣٥٥/٢ «لا تنفسخ الإجارة بعذر» وفي جواهر العقود للمنهاجي ٢١٣/١ «لا تنفسخ الإجارة بالأعذار» وفي الروضة البهية للعاملي ٣٢٩/٤ «عذر المستأجِر لا يُبطِل الإجارة» وفي شرائع الإسلام للحلي ١٤٠/٢ «الإجارة لا تبطُل بالعذر مهما كان الانتفاع ممكنًا».

٤- الإجارة كما تُفسخ بالأعذار، تبقى بالأعذار[١]. (تنظير).

شرح الضابط :

متى انعقدت الإجارة صحيحة مستوفية أركانها وشروطها؛ كانت عقدًا لازمًا، ومتى كانت لازمة لم يجز لأحد طرفيها أن يستبدَّ بفسخها، ما لم يوجد عذر أو سبب شرعي يوجب الفسخ[٢].

قال الموفق ابن قدامة: «الإجارة عقد لازم من الطرفين، ليس لواحد منهما فسخها. وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي»[٣]. وهو أيضًا قول الزيدية والإمامية، وأحد قولي الإباضية[٤].

فإن حدث عذر يحول بين المستأجر وبين الانتفاع من العين المستأجرة، فهل يكون ذلك مسوِّغًا لعدم بقاء عقد الإجارة لازمًا؛ وعليه فيحق للعاقد فسخه؟ أم لا يكون ذلك مسوِّغًا؟

فالذي يظهر من خلال قراءة هذا الموضوع في الكتب الفقهية، أنه مثار خلاف بين الحنفية وبين أصحاب المذاهب الثلاثة الآخرين؛ فالحنفية يقولون بجواز فسخ الإجارة بالأعذار[٥]، ويوافقهم الزيدية والظاهرية[٦]؛ وأصحاب

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٤١/٨.

(٢) انظر: فتاوى دار الإفتاء المصرية ٣٣٨١/٩.

(٣) المغني لابن قدامة ٢٥٩/٥.

(٤) انظر: البحـر الزخار لابن المرتضى ٣٠/٥، شرائع الإسلام للحلي ١٤٠/٢، شرح النيل لأطفيش ١٤٣/١٠.

(٥) انظر: النتف في الفتاوى للسغدي ٥٧٦/٢، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٦٠/٢، بدائع الصنائع للكاسانـي ١٩٧/٤، مجمع الأنهر ٥٥٥/٣-٥٥٦، الفتاوى الهندية ٤٥٨/٤، المغني لابن قدامة ٢٥٩/٥، المحلى ٥/٧-١١.

(٦) انظر: المحلى ٥/٧-١١، التاج المذهب للعنسي ١١٩/٣.

المذاهب الثلاثة الآخرين (المالكية والشافعية والحنابلة) لا يقولون بفسخ الإجارة بالأعذار[١]، ويوافقهم الإمامية[٢].

لكن يبدو عند التأمل والتدقيق في مضمون النصوص الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع، لدى الحنفية وغيرهم، أن الجميع متفقون على تقرير أصل جواز انفساخ الإجارة بالعذر، غير أنهم يختلفون في تحديد العذر الذي يسوغ به فسخ الإجارة؛ فالحنفية، ومعهم من يوافقهم، يجيزون فسخ الإجارة بالعذر مطلقًا، سواء كان العذر من طرف المستأجِر، أو الـمُؤجِر، أو كان العذر يتعلق بالعين المستأجَرة، أما المذاهب الثلاثة الأخرى، ومن يوافقهم، فإنهم يخصون فسخ الإجارة ببعض أنواع العذر، وهو أن يحدث خلل وعيب في العين المستأجَرة يَحُول دون الانتفاع بها، كانهدام الدار مثلا، دون إطلاق القول بفسخ الإجارة بعموم العذر[٣].

وبعبارة أخرى، يمكن أن يصاغ هذا الخلاف بين الحنفية وغيرهم، صياغة ضابطية هكذا:

- الأصل عند الحنفية: جواز فسخ الإجارة بالأعذار، يعني: أن الإجارة وإنْ وقعت في أصلها صحيحة لازمة، فإن حدوث عذر بأحد العاقدين، أو بالعين المستأجَرة، يجعل العقد غير لازم، ويحق للعاقد فسخه[٤].

- **أما عند غير الحنفية**: فالأصل أن الإجارة عقد لازم لا يجوز فسخه

(١) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤/٤٩-٥٠، شرح الخرشي ٣٠/٧، المنثور للزركشي ٩٢/١، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٣١/٢، مغني المحتاج ٣٥٥/٢، جواهر العقود للمنهاجي ٢١٥/١، المغني ٢٥٩/٥ -٢٦٠، منار السبيل لابن ضويان ٣٨٩/١.
(٢) انظر: الروضة البهية للعاملي ٣٢٩/٤.
(٣) انظر: ما سبق من المراجع المذكورة قريبًا، لكلا الفريقين.
(٤) انظر: تحفة الفقهاء ٣٦٠/٢، بدائع الصنائع للكاساني ١٩٧/٤.

لعذر في غير المعقود عليه[١]، جاء في (تكملة المجموع) للشيخ محمد نجيب المطيعي: «لا ينفسخ عقد الإجارة، عينية كانت أو في الذمة، بنفسها، ولا يفسخ أحد العاقدين بالأعذار التى لا توجب خللا في المعقود عليه، كمن استأجر سيارة، وتعذر عليه شراء وقودها، أو مرض فحال مرضه دون السفر عليها، ويقاس على هذه الأمثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خلل في عينه بعيب فيه»[٢].

وجاء فيه أيضًا: «لا يجوز فسخ الإجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ في المعقود عليه عيب»[٣].

وبالجملة، فلا بأس بالقول: إن صيغة الضابط التي استُهل بها هذا البحث، وهي أن «الإجارة لا تنفسخ بغير عذر» هي صيغة متفق عليها بين الجميع، الحنفية وغيرهم؛ إذ الجميع يُقرّ بفسخ الإجارة بالعذر في الجملة، غير أن الحنفية يتوسعون في اعتبار تلك الأعذار، أما غيرُهم فإنهم يقلِّصون من دائرتها.

هذا، ويظهر من كلام الفقهاء: الفرق بين كون الإجارة تنفسخ بالعذر تلقائيًّا دون أن تحتاج لمرافعة إلى القضاء، وإصدار الفسخ عن طريقه، وبين كونها لا تنفسخ إلا عن طريق القضاء أو التراضي.

وقد ذكر فقهاء الحنفية ضابطًا لذلك، فقالوا: كل عذر يمنع المضيَّ في موجَب العقد شرعًا، كمن استأجر طبيبًا ليقلع ضرسه، فسكن الوجع، تنتقض الإجارة من غير نقضٍ؛ لأنه لا فائدة في بقائها، فتنتقض ضرورة، وكل عذر لا

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٥٩-٢٦٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٨٣، جواهر العقود للمنهاجي ١/٢١٥.
(٢) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/٧٥.
(٣) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/٩.

يمنع المضيَّ في موجَب العقد شرعًا، ولكن لا يمكنه المضيُّ إلا بضرر زائد يلزمه، فإنه لا ينتقض إلا بالنقض[١].

قال الكاساني: «ومن مشايخنا من فَصَّل فيه تفصيلا، فقال: إن كان العذر ظاهرًا، لا حاجة إلى القضاء، وإن كان خفيًّا كالدَّين، يشترط القضاء؛ ليظهر العذر فيه، ويزول الاشتباه»[٢]، قال الكاساني: «وهذا حسن»[٣].

ومما تجدر الإشارة إليه فيما يتصل بموضوع هذا الضابط: ما نبه إليه فقهاء الحنفية: أن الإجارة كما تُفسخ بالأعذار، تبقى بالأعذار، مثال ذلك: لو انتهت مدة إرضاع الظِّئر، والصغير لا يقبل الرضاعة إلا منها، فتبقى الإجارة بأجرة المثل جبرًا عليها؛ لأن الإجارة كما تُفسخ بالأعذار، تبقى بالأعذار[٤].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، استدلَّ ابن حزم بهذه الآية على موضوع الضابط، حيث يقول: «إن اضطُرَّ المستأجر إلى الرحيل عن البلد، أو اضطُرَّ المؤاجر إلى ذلك؛ فإن الإجارة تنفسخ إذا كان في بقائها ضرر على أحدهما، كمرض مانعٍ، أو خوف مانع، أو غير ذلك؛ لقول الله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]»[٥].

---

(١) انظر: البحر الرائق ٤٢/٨، الفتاوى الهندية ٤٥٨/٤.
(٢) بدائع الصنائع ٢٠١/٤، وانظر: الفتاوى الهندية ٤٥٨/٤.
(٣) بدائع الصنائع ٢٠١/٤.
(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٢٦/٨.
(٥) المحلى ١٠/٧.

٢- العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها في الإجارة؛ فيملك العاقد به الفسخ[١].

٣- «الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر؛ لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعًا من التزام الضرر، كما في بيع العين إذا اطَّلع المشتري على عيب بالمبيع، وكما لو حدث عيب بالمستأجَر»[٢].

٤- ينفسخ عقد الإجارة بالعذر؛ تنزيلا للتعذر منزلة تلف العين[٣].

تطبيقات الضابط :

١- لو استأجر شخص دكانًا أو محلًّا تجاريًّا، ثم أفلس قبل تسليم الأجرة، يعتبر عذرًا له عند الحنفية والزيدية في فسخ الإجارة؛ لأن في إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة، إضرارًا به، فلا يُجبر عليه[٤]، وعند الشافعية: إفلاس المستأجِر يُعتبر عذرًا للمؤجِر في فسخ الإجارة، ففي (مغني المحتاج): «إفلاس المستأجر قبل تسليم الأجرة ومضي المدة، يوجب للمُؤجِر الفسخ»[٥].

ولو أراد المستأجِرُ التحول إلى حانوت آخر هو أوسع أو أرخص، ويعمل ذلك العمل، لم يكن عذرًا في فسخ الإجارة، وإن كان

---

(١) انظر: المغني ٢٥٩/٥، مجمع الأنهر ٥٥٥/٣.
(٢) بدائع الصنائع ١٩٧/٤.
(٣) انظر: الروضة البهية للعاملي ٣٢٩/٤.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٩٧/٤، التاج المذهب ١١٨/٣.
(٥) مغني المحتاج ٣٥٥/٢.

التحول ليعمل عملا آخر غير العمل السابق، فإن تهيأ له العمل الثاني على ذلك الدكان نفسه؛ فلا يحق له فسخ الإجارة، وإلا فنعم[(١)].

٢- إذا استأجر شخص رجلا أو جهة للقيام بعملٍ في مِلكه، نحو بناء أو هدم أو تجارة أو حفر أو قطع شجر، ثم بدا له أن لا يفعل ذلك الشيء، فله أن يَفسخ الإجارة، ولا يُجبر على شيء من ذلك؛ لأن هذه الأمور فيها ما يُدخِل نقصًا أو إتلافًا أو ضررًا على ملكه بجانب ما فيها من مصلحة، فلم يستأجر هذا الشخص من يقوم بهذه الأعمال إلا لمصلحة يرجوها تزيد على ما يصيبه من المضرَّة بسببها، فإذا بدا له أنه لا مصلحة في ذلك، بقي الفعل ضررًا في نفسه؛ فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ؛ إذ الإنسان لا يُجبر على الإضرار بنفسه[(٢)].

٣- لو استأجر طباخًا لوليمة العرس، فماتت العروس، أو اختلعت من زوجها، يجوز للزوج فسخ الإجارة[(٣)]، ومثله يقال أيضًا فيما لو استؤجر شخص للطبخ لقدوم أمير، أو حاجٍّ، فلم يأتِ الأمير والحاج[(٤)].

٤- إن استأجر سيارة بعينها إلى موضعٍ لغرضٍ ما، ثم حصل الغرض قبل الذهاب، كأن يكون الاستئجار لإحضار وثائق، أو طلبِ غريمٍ له، ثم وصلت الوثائق، أو حضر الغريم، تنتقض الإجارة؛ لأنها وقعت لغرض، وقد فات ذلك الغرض[(٥)].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦/٨٢، بدائع الصنائع ٤/١٩٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩٨، الفتاوى الهندية ٤/٤٥٨، التاج المذهب ٣/١١٨.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٥٨، البحر الرائق ٨/٤٢.

(٤) انظر: البحر الرائق ٨/٤٢.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٥٨.

وكذا من اكترى سيارة بعينها إلى محل معين، فتعذَّر سيرها قبل تمام المسافة، أو غُصبت، أو استُحقَّت، ونحو ذلك مما لا يمكن سيرها معه، انفسخ الكراء فيما بقي، ويرجعان (أي المتعاقدان) للمحاسبة بحساب ما سار من الطريق[١]، وعند الحنابلة: يخيِّر المستأجر بين الفسخ وبين الصبر إلى أن يقدر عليها؛ لأن الحق له، فإذا أخَّره جاز[٢].

ولو اكترى سيارة ليركبها إلى موضع معين، فانقطعت الطريق إلى ذلك الموضع لخوف حادث، كالثلج المانع من قطع الطريق، أو اكترى إلى مكة، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق؛ ملك كلٌّ من المؤجِر والمستأجِر فسخ الإجارة، وإن اختارا - أي المؤجِر والمستأجِر - بقاء الإجارة إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز؛ لأن الحق لا يعدوهما[٣].

٥- للمستأجِر فسخ الإجارة إذا وجد الأجير عاجزًا عن العمل؛ لتعذر وصول المستأجِر إلى حقه[٤]، وكذا للمستأجِر الخيار في فسخ الإجارة إن تبين له في الأجير عيب يُخلُّ بالعمل المستأجَر عليه، كما لو استأجر شخصًا لخدمة في داره أو دكانه، ثم تبين له أن الأجير سارق[٥].

٦- الخدم في البيوت - رجالا ونساء - يحق لأحدهم فسخ الإجارة إذا كان شريفًا غير معروف بهذا العمل، ويعتبر ذلك عذرًا مسوِّغًا لفسخ الإجارة، فقد جاء في (مختصر اختلاف العلماء) للجصاص:

---

(١) الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١١٣، وانظر: مغني المحتاج ٢/٣٥٧.
(٢) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٦٦٢.
(٣) انظر: المغني ٥/٢٦٤، كشاف القناع ٤/٣٠، مطالب أولي النهى ٣/٦٦٤، الروضة البهية للعاملي ٤/٣٢٩.
(٤) مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٤/٣٣، كشاف القناع للبهوتي ٤/٣١.
(٥) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٤/٥٢.

«الظئر[١] تريد فسخ الإجارة، قال أصحابنا: إذا لم تُعرف بمثل ذلك فلها أن لا تُرضع، وإن كانت تُعرَف به فهو جائز عليها، وليس لها أن تترك إلا من عذر، وقال مالك: ليس لها أن تفسخ الإجارة وإن كانت شريفة غير معروفة بذلك»[٢].

وكذا المرأة الخادمة أو الموظَّفة المتزوجة، يحق لزوجها أن يفسخ الإجارة إن لم يأذن لها بالعمل، فإن أذن الزوج فليس له حق الفسخ، كما أن لجهة العمل التي تعاقدت معها هذه المرأة أن تفسخ الإجارة إن أُصيبت المرأة المستأجَرة بما يتضرر به آخرون في مقرِّ العمل[٣].

٧- لو صدر أمر تعسُّفي من جهة مسؤول في الدولة - لا تناله الأحكام- بإغلاق المحلات التجارية المستأجَرة، بحيث لا يتمكن مستأجِروها من الانتفاع بها، يُعتبر ذلك غصبًا لمنفعة هذه المحلات، فيكون عذرًا للمستأجِر في فسخ الإجارة[٤].

٨- إنْ لَحق المؤجِر دَين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن العين التي آجرها، فإن ذلك يعتبر عذرًا له - عند الحنفية والزيدية - في فسخ الإجارة من طرفه[٥]، وإنما كان هذا عذرًا من جانب المؤجِر في فسخ

---

(١) وهي المرأة التي تُستأجَر لتُرضع وتحضُن ولدَ امرأةٍ أخرى انظر: المصباح المنير للفيومي ٣٨٨/٢، المعجم الوسيط ٥٧٥/٢.

(٢) مختصر اختلاف العلماء للجصاص ١١١/٤.

(٣) هذه الصور هي تخريج على ما جاء في مسألة (الظئر) أيضًا، فقد ذكر الفقهاء فيما يتعلق بصور فسخ إجارتها، ما يلي:
لزوج الظئر فسخ الإجارة إن لم يأذن لها فيه، فإن أذن فليس له الفسخ فإن أجَّرَت نفسها وهي في عصمته ولم يعلم بذلك إلا بعد مضي مدة، فأجرة ما مضى تكون لها، وله الفسخ في المستقبل.
أهل الطفل لهم فسخ العقد إنْ مرضت الظئر، أو حملت زمن الرضاع؛ لأن مرضها وحملها مظنة تضرر الولد بلبنها. انظر: مجمع الأنهر ٥٣٨/٣، الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣١/٤-٣٢، شرح النيل لأطفيش ١٨٥/١٠.
وجاء في التاج المذهب ١١٩/٣: أن المرأة الحرة لو أجَرَت نفسها أن ترعى غنمًا، فلم يأذن لها زوجها بالخروج، كان عذرًا في فسخ الإجارة ولو لم يمنعها، بل عدم الإذن كافٍ.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٥١/٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٩٨/٤، التاج المذهب ١١٩/٣.

الإجارة؛ لأن بيع العين المستأجَرة لا ينفذ عند الحنفية بدون رضا المستأجِر، وإذا لم يجز البيع مع عقد الإجارة، جُعِل الدَّين عذرًا في فسخ الإجارة؛ لأن إبقاء الإجارة مع لحوق الدَّين الفادح العاجل: إضرار بالمؤجِر؛ لأنه يحقُّ للقاضي أن يحبسه حتى يتبين له أنه لا مال له فعلا سوى هذا الشيء الذي أجَّره، وفي الحبس ضرر، ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد[١].

٩- لو اشترى شخص شيئًا فأجَّره، ثم اطَّلع على عيب به، فله أن يفسخ الإجارة ويردّه بالعيب على بائعه وإنْ رضي المستأجر بالعيب، ويُجعل حقُّ الرد بالعيب عذرًا له في فسخ الإجارة؛ لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر، وهو التزام المبيع المعيب[٢].

١٠- أصحاب سيارات الأجرة، الذين يمتلكون سياراتهم الخاصة بالأجرة، كأصحاب سيارات الأجرة الخصوصية، وكذلك أصحاب حافلات الأجرة الـمَلاَّكيّة، هؤلاء إن بدا لأحدهم أن يفسخ الإجارة بلا سبب ظاهر يصلح عذرًا، كما لو أراد أن يفسخها لمجرد أنه وجد من يستأجر سيارته بأكثر من الأجير الأول، لا يُعتبر ذلك مسوِّغًا له في الفسخ عند الحنفية، أما إن كان العذر ظاهرًا فعلا، كالمرض بحيث لا يتمكن من أن يسوق سيارته بنفسه، فإنه يحق له فسخ الإجارة، ولا يطالَب بمقتضى عقد الإجارة أن يُكلِّف شخصًا آخر ليقوم بالعمل بدلا عنه؛ لأن غيره ربما لا يحافظ على سيارته مثل ما يُحافظ هو عليها، وبهذا يُفتى عند الحنفية[٣].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٩٨.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٩٩.
(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٦/ ٨٢، بدائع الصنائع ٤/ ١٩٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٢

نص الضابط: الشُّيُوعُ لَا يُبْطِلُ الإجَارَةَ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- إجارة المشاع صحيحة كبيع المشاع[٢].

٢- إجارة المشاع جائزة[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- الشيوع فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل القسمة، سواء في إفساد الإجارة[٤]. (صيغة مخالفة).

٢- الشيوع الطارئ لا يُفسِد عقد الإجارة[٥]. (مكمل).

٣- الطارئ من الشيوع ليس نظير المقارن[٦]. (قاعدة مكملة).

---

(١) حاشية ابن الشِّلْبي على تبيين الحقائق ١٢٦/٥.

(٢) روضة الطالبين للنووي ١٨٤/٥، وفي تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٢/٥ «الإجارة بيع المنافع؛ فتجوز في الشائع» وبنحوه في بدائع الصنائع للكاساني ١٩٠/٤.

(٣) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣٥٧/٢، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٤٠٣/٢، المحلى لابن حزم ٢٨/٧ وفي البحر الزخار لابن المرتضى ٦٤/٥ «تأجير المشاع يصح».

(٤) المبسوط للسرخسي ١٤٥/١٥ وفي البحر الرائق ٢٤/٨، الفتاوى الهندية ٤٤٧/٤ «إجارة المشاع فيما يُقسَم وفيما لا يُقسَم، فاسدة».

(٥) مجلة الأحكام العدلية مادة ٤٣٠.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٤٦/١٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط :

من المعلوم المقرر لصحة عقد الإجارة، أن تكون المنفعة التي هي محل الإجارة، يمكن استيفاؤها من العين المؤجرة حقيقة وشرعًا؛ لأن العقد لا يقع وسيلة إلى المعقود بدون الاستيفاء[(١)]، فلا تجوز إجارة ما يتعذَّر استيفاء منفعته حقيقة، كإجارة سيارة ضائعة أو مسروقة أو متعطلة، أو إجارة الأعمى لحفظ شيء يحتاج إلى رؤية؛ لأنه يعجز عن تسليم منفعته، أو شرعًا، كإجارة الساحر على تعليم السحر، وهذا باتفاق الفقهاء[(٢)].

فإذا كانت العين مشاعة بين أكثر من واحد، فهل منفعتها مقدورة الاستيفاء للمستأجر؛ وعليه فتجوز إجارتها؟ أم أنها ليست مقدورة الاستيفاء؛ فلا تجوز إجارتها؟

هذا هو موضوع الضابط محل البحث، وهو مختلف فيه بين الفقهاء:

١- فالجمهور يقولون بجواز إجارة المنفعة المشاعة، وهو الذي يعبر عنه الضابط، وبهذا قال المالكية والشافعية[(٣)]، والصاحبان أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[(٤)]، وهو قول للإمام أحمد، صوَّبه المرداوي، وقال عنه في (التنقيح المشبع): «هو أظهر، وعليه العمل»[(٥)]، وهو مذهب الظاهرية[(٦)]،

---

(١) بدائع الصنائع ١٨٧/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٧/٤، الشرح الصغير للدردير ٩/٤-١٠، كفاية الأخيار للحصني ص ٢٩٥، مطالب أولي النهى للرحيباني ٦٠١/٣، كشاف القناع ٥٦٥/٣، الفقه الإسلامي للزحيلي ٤٦٥/٥.

(٣) انظر: التلقين للقاضي عبد الوهاب ٤٠٣/٢، الشرح الصغير للدردير ٩/٤-١٠، كفاية الأخيار للحصني ص ٢٩٥، المحلى ٢٨/٧، عقد الإيجار لمحمد سلام مدكور ص ٧٢-٧٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٨٧/٤، اللباب في شرح الكتاب للميداني ١٨٤/١.

(٥) انظر: كشاف القناع ٥٦٥/٣، الإنصاف للمرداوي ٣٣/٦، عقد الإيجار لمحمد سلام مدكور ص٧٢-٧٥.

(٦) المحلى ٢٨/٧، عقد الإيجار لمحمد سلام مدكور ص ٧٢-٧٥.

والزيدية[١]، والإمامية[٢]، وستأتي أدلتهم تحت عنوان (أدلة الضابط).

٢- أما الرأي الثاني فهو أنه: لا تجوز إجارة المشاع إلا للشريك، وهذا قول الإمام أبي حنيفة، وهو المفتى به في المذهب، وكذلك هو المذهب عند الحنابلة[٣]، وقال الإباضية أيضًا بعدم جواز إجارة المشاع[٤].

وجه هذا الرأي الثاني: أن المقصود من الإجارة: الانتفاع، ومنفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع، والمشاع غير مقدَّر حتى يُستوفى؛ لأنه اسم لسهم غير معين، وغير المعين لا يُتصور تسليمه بنفسه حقيقة، وإنما يُتصور تسليمه بتسليم الباقي، وذلك الباقي غير معقود عليه؛ فلا يتصور تسليمه شرعًا.

فإن قيل: يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايؤ، فجواب ذلك – من طرف هذا الفريق- أنه لا يمكن الانتفاع على الوجه الذي يقتضيه العقد، وهو (الانتفاع بالمشاع في كل المدة)؛ وذلك أن العاقدين، إن أرادا أن ينتفعا بطريق التهايؤ على المكان في الدار المستأجَرة، فيترتب على ذلك أن يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها، فلم يتحقق استيفاء المنفعة من المشاع، وإنما يتحقق الانتفاع بجزء معين منه، وهذا ليس في مقتضى العقد.

وإن أرادا أن ينتفعا به بطريق التهايؤ الزماني، فيترتب على ذلك أن يسكن كل واحد منهما جميع الدار في بعض المدة، وهذا أيضًا ليس في مقتضى العقد.

فإذًا لا يمكن تسليم المعقود عليه - في إجارة المشاع - عند هذا الفريق

---

(١) البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٣٥، ٥/٦٤.

(٢) الروضة البهية للعاملي ٤/٣٣١، عقد الإيجار لمحمد سلام مدكور ص ٧٢-٧٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٧، اللباب في شرح الكتاب للميداني١/١٨٤، كشاف القناع ٣/٥٦٥، الإنصاف للمرداوي ٦/٣٣.

(٤) شرح النيل لأطفيش ١٠/٨١ .

على الوجه الذي يقتضيه العقد أصلا؛ وعليه فيكون عقد الإجارة بإضافته إلى جزء شائع، التزامًا بتسليم ما لا يُقدَر على تسليمه؛ فلا يجوز[١].

لكن جازت إجارة المشاع للشريك، عند هذا الفريق؛ لأنه يتأتى هنا استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد، بدون المهايأة؛ لأن العين بمنفعتها ستكون كلها في يد هذا المستأجر الشريك، فاستيفاء المنفعة المتعاقد عليها يكون ميسوراً له، حيث إنه يستوفي بعض المنفعة بسبب الملك، وبعضها بسبب الإجارة، بخلاف الإجارة لغير الشريك، فهناك يتعذر الاستيفاء على الوجه الذي أوجبه العقد[٢].

ثم إن المراد من الشيوع المانع من الإجارة عند الإمام أبي حنيفة: الشيوع الموجود منذ بداية العقد، أما الشيوع الطارئ عليها فيما بعد حدوث العقد فلا يُفسد الإجارة عنده في ظاهر الرواية[٣]؛ وعلى هذا فخلاف الإمام أبي حنيفة مع الجمهور في هذا الضابط، يضيق فينحصر في الشيوع المقارن للعقد منذ البداية، أما الشيوع الطارئ فيكون هو متفقًا مع رأي الجمهور في أنه لا يُبطل الإجارة.

أدلة الضابط :

١- الإجارة بيع، والبيع يصح في المفرد والمشاع، فكذلك الإجارة؛ لأنها أحد نوعي البيع، فيُعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين، وبيع العين المشاعة جائز، فكذا المنفعة المشاعة[٤].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤٥/١٥، بدائع الصنائع ١٨٧/٤، البحر الرائق ٢٤/٨.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤٦/١٥، بدائع الصنائع ١٨٧/٤، عقد الإيجار لمحمد سلام مدكور ص ٧٢-٧٥.
(٣) مجمع الأنهر ٥٣٥/٣.
(٤) انظر: المهذب ٣٩٥/١، بدائع الصنائع ١٨٧/٤، الكافي لابن قدامة ٣٠٤/٢.

٢- المشاع مقدور الانتفاع بالتخلية أو بالمهايأة[١]، ومتى كان الشيء المستأجَر يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه صحت الإجارة، ولو كان مشاعًا[٢].

٣- تأثير الشيوع في المنع من عقد التبرع: أكثر منه في المنع من المعاوضة، ومع هذا فإذا جاز تمليك منفعة جزء شائع بطريق التبرع كما في العارية، فبطريق المعاوضة أولى[٣].

تطبيقات الضابط:

١- تصح إجارة العين لاثنين فأكثر، مع كونها ملكًا لواحد[٤]؛ لأن الشيوع لا يبطل الإجارة.

٢- يجوز كراء بعض الشيء، والبعض الثاني إما لصاحب الشيء نفسه أو لشريكه، ثم يستعملانه إما معًا إن أمكن ذلك، أو يقتسمانه مهايأة، كما يجوز أن يُكريانه للغير، ثم يقتسمان ما يحصلان عليه من الكراء[٥]؛ لأن الشيوع لا يبطل الإجارة.

٣- إن أجر اثنان دارهما من رجل واحد، ثم أقاله أحد المؤجِرَين، صح، وبقي العقد في نصيب الآخر[٦]؛ لأن الشيوع لا يبطل الإجارة.

٤- يجوز تأجير وسائل النقل على الشيوع بطريقة التعاقب، وذلك كأن يستأجر شخصان سيارة ليركب أحدهما أيامًا، والآخر أيامًا تناوبًا؛

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٧/٤، الهداية ٢٤٠/٣.

(٢) انظر: التاج المذهب للعنسي ٦٩/٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٤٥/١٥، تبيين الحقائق ١٢٦/٥.

(٤) كشاف القناع ٥٦٥/٣.

(٥) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٥٩/٤-٦٠، مواهب الجليل ٤٢٢/٥.

(٦) كشاف القناع ٥٦٥/٣.

فيصح ذلك كبيع المشاع، ثم يقتسمان الركوب بالتراضي على الوجه المبيَّن أو المعتاد[1]، وكذلك لو استأجر عدد من الأشخاص وسيلة من وسائل النقل لا تحملهم جميعًا، حُمل الاستئجار على التعاقب، وإن كانت تحملهم ركبوا جميعًا[2]، وكذا لو استأجر شخص جزءًا من السيارة – كالمقاعد الخلفية فقط - إلى موضع كذا، صحت الإجارة مشاعة كبيع المشاع[3]، والشيوع لا يبطل الإجارة.

٥- لو أجر بيتًا ثم استُحِقَّ قسم شائع منه، تبقى الإجارة في الحصة الباقية الشائعة، عند الحنفية، وكذا لو أجر الكل ثم فسخ الإجارة في بعض الشائع، جازت الإجارة فيما بقي، عند الحنفية؛ لأن الشيوع طارئ في الصورتين، والشيوع الطارئ لا يُفسد الإجارة عندهم[4]، أما الجمهور فيجوز مطلقًا.

٦- يجوز لشخصين أن يؤاجِرا دارهما لشخص واحد، وعليه فلو مات أحد المؤاجِرين انفسخت الإجارة في حصته، ولكن تبقى في حصة الحي – عند الحنفية - ولا تنتقض وإن صارت مشاعة؛ لأن الشيوع هنا طارئ، وهو غير مفسد في الإجارة عندهم[5]؛ «لأن الشيوع إنما كان مفسدًا لكونه مانعًا من القبض، ولا حاجة إليه بعد القبض»[6]، وفي هذه الصورة: إن رضي وارث المؤاجِر الميت – وكان الوارث

(١) تكملة المجموع للمطيعي ١٥/ ٤٠، مغني المحتاج ٢/ ٣٣٩، وانظر: مواهب الجليل ٥/ ٤٢٢ وشرح الخرشي ٧/ ٤٣.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٣٣٩.
(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٣٣٩.
(٤) انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٣/ ٥٣٦، مرآة مجلة الأحكام العدلية لمسعود أفندي ص ١٣٤، المستثنيات من القواعد لنجاح ص ٢٦، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/ ١٣٩.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٨٨، البحر الرائق ٨/ ٢٤.
(٦) تبيين الحقائق ٥/ ١٢٧.

كبيرًا - أن تكون حصته على الإجارة، ورضي المستأجر، جاز وإن كانت إجارة المشاع؛ لكونها إجارة من الشريك[1].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: البحر الرائق ٨/ ٢٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٣

نص الضابط: الاسْتِئْجَارُ عَلَى المَعْصِيَةِ لَا يَجُوزُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الاستئجار على المعاصي باطل[٢].

٢- الأصل أن الإجارة على المعاصي لا تجوز[٣].

٣- لا يجوز الاستئجار على شيء من المعاصي[٤].

٤- لا تجوز الإجارة على معصية أصلا[٥].

٥- لا يجوز أخذ الأجرة على المعاصي[٦].

٦- كما يحرم أخذ الأجرة على الحرام يحرم إعطاؤها[٧].

---

(١) المبسوط ١٦/٣٨، وانظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٩، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٢٥، إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/١٢٥.

(٢) المبسوط ١٦/٣٨.

(٣) انظر: درر الحكام للملا خسرو ٢/٢٣٣.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ١/٢٦٤.

(٥) المحلى ٧/١٥.

(٦) مجمع الأنهر ٢/٣٨٤.

(٧) أسنى المطالب ١/٥٦٩.

صيغ ذات علاقة :

١- المعصية لا تُستحق بالعقد[١]. (قاعدة أعم).

٢- الإعانة على المعصية لا تجوز[٢]. (قاعدة أعم).

٣- الإجارة تُكره على العمل المكروه[٣]. (قسيم).

شرح الضابط :

(الاستئجار): على وزن استفعال من الإجارة، وقد سبق تعريفها.

ويفيد الضابط بصيَغِه المتنوعة عدم جواز الإجارة على كل ما فيه معصية لله تعالى، وسواء في ذلك إعطاء الأجرة من قِبَل المؤجِر، أو أخذها من قِبَل المستأجَر، وإن تم مثل هذا العقد فهو باطل، وغير صحيح.

وعلى المستأجَر ردُّ الأجرة إلى صاحبها؛ لأن السبيل في الأجرة المأخوذة على المعاصي ردها، فإن لم يمكن ذلك يتصدق بها على الفقراء، أو يتصدق بمثلها أو بقيمتها إن لم توجد[٤]، ولا تُملك المنفعة في عقد الإجارة إذا كانت منفعة محرمة شرعًا.

قال القرافي، رحمه الله: «الفرق بين قاعدة ما يُملك من المنفعة بالإجارات، وبين قاعدة ما لا يُملك منها بالإجارات: متى اجتمعت في المنفعة ثمانية شروط مُلكت بالإجارة، ومتى انخرم منها شرط لا تُملك الأول: الإباحة؛

---

(١) نصب الراية ٥/٢٩٧.

(٢) فتاوى قاضيخان ٣/٥٩١، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «الإعانة على المعصية معصية».

(٣) السيل الجرار للشوكاني ٣/٢١٣، وانظر قاعدة: «ما أدى إلى مكروه فمكروه» في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: رد المحتار٦/٥٦، شرح النيل ١٠/١٣.

احترازًا من الغناء وآلات الطرب، ونحوهما»[١] من كل ما لم يُبحه الشرع.

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩]، وأخذ الأجرة على المعصية من أكل المال بالباطل، وذلك لا يجوز[٢].

٢- قوله: ﴿وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡعُدۡوَٰنِ﴾ [المائدة: ٢]، والإجارة على المعصية فيها إعانة على الإثم الذي نهى الله تعالى عنه[٣].

٣- قوله ﷺ: «إن الله إذا حرَّم شيئًا حرَّم ثمنه»[٤]، فإذا كانت المنفعة المعقود عليها الإجارة محرمة كان ثمنها (وهو الأجرة) محرمًا أيضًا[٥].

٤- نهيه ﷺ عن مهر البغي[٦]، وهو أجر الزانية على الزنا، فيقاس عليه كل أجر أُخذ على حرام[٧].

٥- الإجماع على إبطال كل منفعة كانت لشيء محرم العين بما في ذلك الإجارة على المعاصي[٨].

---

(١) الفروق للقرافي ٤/٣-٤.

(٢) انظر: المحلى ٧/١٥.

(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٥٩.

(٤) رواه أحمد ٤/٤١٦ (٢٦٧٨) و ٥/١١٥ (٢٩٦١)، وأبو داود ٤/١٧٦-١٧٧ (٣٤٨٢)، وابن حبان ١١/٣١٢-٣١٣ (٤٩٣٨) والبيهقي في الكبرى ٦/١٣، من حديث ابن عباس، رضي الله عنهما.

(٥) الفروق للقرافي ٤/٩.

(٦) رواه البخاري ٣/٨٤ (٢٢٣٧) وفي مواضع، ومسلم ٣/١١٩٨ (١٥٦٧) من حديث أبي مسعود الأنصاري، رضي الله عنه.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٨٩.

(٨) انظر: حاشية ابن الشاط على أنوار البروق للقرافي ٤/٩.

٦- ولأن الاستئجار على المعاصي استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعًا، وذلك لا يصح[١].

تطبيقات الضابط :

١- لا يصح الاستئجار على حمل خمر لشربها لحديث: «لعن الله في الخمر عشرة: ... وحاملها والمحمولة إليه»[٢]؛ فكانت أجرة على معصية، والاستئجار على المعاصي لا يجوز.

٢- لا تصح الإجارة على الزنا[٣]؛ لنهيه ﷺ عن مهر البغي[٤]، والاستئجار على المعاصي لا يجوز.

٣- صياغة خواتيم الذهب للرجال من المعاصي، والأجرة المأخوذة عليها حرام[٥].

٤- لا تجوز الإجارة على شيء من الغناء والمزامير والطبل، وسائر الملاهي، والنياحة على الميت[٦]، والرقص إذا كان محرَّمًا[٧]؛ لأن ذلك معصية، والاستئجار على المعاصي لا يجوز .

٥- لا تجوز إجارة السلاح للكفار، أو للبغاة، أو لقطاع الطريق، أو لأهل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٤١/٢.

(٢) رواه الترمذي ٥٨٩/٣ (١٢٩٥)، وابن ماجه ١١٢٣/٢ (٣٣٨١) من حديث أنس بن مالك، رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث غريب. وانظر: المبسوط ٣٨/١٦، مطالب أولي النهى ٦٠٧/٣.

(٣) كشاف القناع ٥٥٩/٣، شرح النيل ١٥٠/١٤، بدائع الصنائع ١٨٩/٤.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) حاشية البجيرمي ٢٢٨/٣.

(٦) انظر: المبسوط ٣٨/١٦، نصب الراية للزيلعي ٢٩٧/٥، حاشية الصاوي ١١/٤، شرح النيل ١٥٠/١٤، كشاف القناع ٥٥٩/٣.

(٧) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير للدردير ١٠/٤.

الفتنة[١]؛ لأنهم يستخدمونه لترويع وإخافة المسلمين، فكان بذلك معصية، والاستئجار على المعاصي لا يجوز.

٦- الاستئجار لتعليم السحر، أو الفحش، أو كتابة شعر محرَّم أو بدعة باطل؛ لأنه استئجار على المعاصي[٢].

٧- لو استأجر أحد رجلا ليقتل له رجلا، أو يشجه، أو يضربه ظالمـًا لم يجز، ولا أجر له[٣]، وكذا لو استأجر السارق، أو الغاصب رجلا ليحمل له المسروق والمغصوب لم يجز[٤]؛ لما في ذلك من المعصية، والاستئجار على المعاصي لا يجوز.

٨- يحرم على المسلم تأجير داره لمن يعلم أنه يستخدمها لمعصية، كبيع الخمر فيها، أو اتخاذها كنيسة؛ لأن الاستئجار على المعاصي لا يجوز[٥].

٩- لا يجوز استئجار الرجل والده ليخدمه؛ لأنه مأمور بتعظيمه، وفي الاستخدام استخفاف به، فكان حرامًا، والاستئجار على المعاصي لا يجوز[٦].

١٠- يقاس على ما سبق في منع الاستئجار على المعاصي ما تأخذه البنوك من الأجرة على المعاملات الربوية بشتى أنواعها.

١١- ومثل ذلك في عدم الجواز أيضًا أخذ الأجرة على العمليات الجراحية

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥٧/٦.
(٢) انظر: رد المحتار ٩٣/٦، أسنى المطالب ٤٠٩/٢، كشاف القناع ٥٥٩/٣.
(٣) انظر: المبسوط ٣٩/١٦، بدائع الصنائع ١٨٩/٤.
(٤) انظر: المبسوط ٣٩/١٦، الفتاوى الهندية ٤٥٥/٤.
(٥) انظر: كشاف القناع ٥٥٩/٣، مطالب أولي النهى ٦٠٦/٣، البحر الزخار ٣٧/٥.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٩٠/٤.

التي لا يجيزها الشرع، كعمليات الإجهاض لغير ضرورة، أو استئصال رحم المرأة لمنع الحمل؛ لأن في ذلك معصية بالتعدي على عضو محرم من غير ضرورة.

براء الإدلبي

* * *

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٤

نص الضابط: الإِجَارَةُ تَفْسَدُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الإجارة تفسد بالشرط الفاسد[٢].

٢- الشرط الفاسد إذا لحق بعقد الإجارة أفسده[٣].

٣- تكون الإجارة فاسدة إذا ربطت بشرط فاسد[٤].

٤- الإجارة تبطل بالشروط الفاسدة[٥].

٥- عقد الإجارة تبطله الشروط الفاسدة[٦].

صيغ ذات علاقة :

١- كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين يفضي إلى

---

(١) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٢٣٤/٢ دار الكتب العلمية، المبسوط للسرخسي ١٥٠/٢٢.

(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٦٤/٣.

(٣) الفروق للكرابيسي: ٢٧٥/٢.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٦٣/٣.

(٥) الذخيرة البرهانية لابن مازه ٣٩١/٨، فتاوى قاضيخان ٣٥٧/٢ وانظر: تقريرات البحراوي ١٠٣/١/ ب، كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني٤٥/٢.

(٦) انظر: زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١٤٧/١/ب، البناية للعيني ٢٥٢/٩.

المنازعة، يفسد الإجارة[١]. (أخص).

٢- كل شرط يوجب على المستأجِر عملا بعد انتهاء العقد، فهو فاسد يفسد به العقد[٢]. (أخص).

٣- الشرط الفاسد مفسد للعقد[٣]. (قاعدة أعم).

٤- الشرط الملائم لا يفسد عقد الإجارة[٤]. (قسيم).

شرح الضابط:

يفيد هذا الضابط: أنه إذا اشترط أحد العاقدَين في عقد الإجارة شرطًا فاسدًا؛ فإن الإجارة تكون فاسدة؛ لأن الشروط الفاسدة مضرة، سواء ابتدأ بها المؤجر أو المستأجر[٥].

وذلك لأن الإجارة من قبيل المعاوضات المالية التي يحكم بفسادها في حال تقييدها بأي شرط من الشروط الفاسدة.

وإفساد العقد بالشروط الفاسدة يرجع إلى ما يسببه العقد من غرر، أو ربا، أو نقص في الملك، أو اشتراط أمر محظور، أو لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين[٦].

وهذا الضابط عليه كافة الفقهاء[٧].

---

(١) تكملة البحر للطوري ١٩/٨.

(٢) انظر: المبسوط ٣٦/٢٣.

(٣) القواعد الفقهية للبجنوردي ٢٥٧/٥.

(٤) تكملة البحر للطوري ١٩/٨، وانظر قاعدة: «الشرط الذي لا يقتضيه العقد يصح إن كان من مصلحته» في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣٢١/٣.

(٦) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨٩/٥- ٢٩٠.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ٣٧٩/٩، حاشية ابن عابدين ٣٤/٦، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي=

أدلة الضابط :

١- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: أنه نهى عن بيع وشرط[١]، ووجهه أن البيع مبادلة مال بمال، والإجارة في حكم البيع؛ فكان الحديث أصلا في أن كل ما كان مبادلة مال بمال فهو يبطل بالشروط الفاسدة[٢].

٢- قاعدة: «الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية يفسدها»[٣]؛ لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضات المالية؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه؛ فيكون فيه فضل خال عن العوض، وهو الربا بعينه[٤].

تطبيقات الضابط :

١- تفسد الإجارة إذا أجَّر البيت على ألا يسكنه المستأجر؛ لأن هذا الشرط مانع لمقتضى العقد[٥]، فهو شرط فاسد، والإجارة تفسد بالشروط الفاسدة.

= حيدر ١/١٥٧، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ١٣/١٦٤، ١٦/١٠٤، ١٦/١٠٦، ١٦/١٠٩، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ١٥/٤٣٣، المجموع ٧/١٢٢، روضة الطالبين عمدة المفتين ١/٢٩٦، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٩/٣٣٣، المغني ٦/٣٦، كشاف القناع ٣/٤٦٣، المحلى لابن حزم ٦/٣٣٣، ٦/٣٦٤، ٦/٣٦٥، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى٤/٣٥٨، ٤/٣٦٥، شرح النيل لأطفيش١٩/٢٩٧، الجامع للشرايع للحلي ١/٣٧٦، والقواعد الفقهية للبجنوردي ٥/٢٥٧.

(١) رواه الطبراني في الأوسط ٤/٢٣٥، وأبو حنيفة في مسنده ١/١٦٠.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٣١.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣١.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٦٤.

٢- اشتراط ضمان المال المستأجَر إذا تلف على الأجير الخاص، أو على الأجير المشترك بلا تعد ولا تقصير مفسد للإجارة[١]؛ لأنه شرط منافٍ لمقتضى الإجارة؛ لأن الأجير أمين، فلا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي.

٣- إذا قال: استأجرتك لتتعهد نخلي بجزء من ثمرتها، من غير تحديد لمقدار ذلك الجزء، كانت إجارة فاسدة[٢]، ومثله في الفساد الاستئجار على سلخ شاة بشيء غير محدد من لحمها[٣]؛ للغرر والجهالة، فكان شرطًا مفسدًا لهذه الإجارة.

٤- لو قال شخص لآخر: أجرتك سيارتي بكذا على أن تقرضني كذا مبلغًا، أو تهديني هدية؛ فالإجارة فاسدة[٤]؛ لأنه شرط يفضي إلى اجتماع الإجارة والقرض في عقد واحد، فكان شرطًا فاسدًا تفسد به الإجارة.

٥- لو استؤجرت مدرسة على أن تكون الصيانة الأساسية لمبناها على المستأجِر تكون الإجارة فاسدة[٥]؛ لأن صيانة العين المستأجرة تكون على مالكها، فكان اشتراطها على المستأجر منافيًا لمقتضى عقد الإجارة؛ ففسدت الإجارة لأجل ذلك.

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٦٤، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٢٢٣.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٣٠٢ أما إذا كان الجزء محددًا معلومًا مع جريان التعامل بذلك فلا بأس.

(٣) انظر: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ١٦/١٠٤.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٥٧، كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ٢/٤٤.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٦٤، المغني ٦/٣٦، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى ٤/٣٥٨.

٦- من استأجر رحى ماء، وشرط عليه المؤجر أنه إن انقطع الماء فالأجرة عليه، فسدت الإجارة؛ لأن هذا شرط مخالف لمقتضى العقد؛ إذ موجبه أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه، وكل شرط مخالف لموجب العقد يفسده[١].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: غمز عيون البصائر ٢/٢٣٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٥

نص الضابط: الإِجَارَةُ لَا يَجُوزُ تَعْلِيقُهَا بِالشَّرْطِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الإجارة لا تقبل التعليق[٢].

٢- الإجارة لا تحتمل التعليق بالشرط[٣].

٣- الإجارة لا يصح تعليقها[٤].

٤- الإجارة تقبل الشرط دون التعليق[٥].

٥- تعليق الإجارة بشرط على خطر الوجود لا يصح[٦].

صيغ ذات علاقة :

١- عقود المعاوضات لا تحتمل التعليق بالشرط[٧]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢١٨/٣٠.

(٢) البناية للعيني ٩٩٣/٧.

(٣) انظر: أصول السرخسي ٢٢٢/١.

(٤) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٢٨٤/٣.

(٥) انظر: أنوار البروق للقرافي ٢٢٨/١.

(٦) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١١٩/٢.

(٧) المبسوط ٤٠/١٣، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «العقود لا يجوز تعليقها».

٢- تعليق التمليك بالشرط باطل[١]. (أعم).

شرح الضابط:

(التعليق): مِن علَّق الشيء بالشيء، وعلَّقه عليه، أي ناطه به[٢].

فهو ربط حصول أمر بأمر آخر[٣].

و(الشرط) في اللغة: إلزام الشيء والتزامه، وجمعه شروط والشَّرَط: العلامة، ومنه أشراط الساعة، أي علاماتها[٤].

و(الشرط) في اصطلاح الأصوليين: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[٥].

مثاله: الطهارة للصلاة، يلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة؛ لأن الطهارة شرط لصحة الصلاة، ولكن لا يلزم من وجود الطهارة وجود الصلاة؛ لأن الإنسان قد يتوضأ لأمر غير الصلاة، كأن يتوضأ مثلا لقراءة القرآن، ونحو ذلك[٦].

والمراد بـ(الشرط) في الضابط: هو ما يعرف بالشرط الجعلي، وهو ما يجعله أحد العاقدين في صلب العقد.

---

(١) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٤٣، وانظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٧/٨٤، الدر المختار للحصكفي ٥/٣٧١، وانظر قاعدة: «تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل» في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: لسان العرب (علق).

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٥٠٣، ٥٠٤.

(٤) انظر: لسان العرب، وتاج العروس (شرط).

(٥) البحر المحيط للزركشي ٤/٤٣٧، شرح الجلال المحلي ٢/٥٥.

(٦) شرح منظومة القواعد الفقهية للسعدي والشارح هو خالد بن إبراهيم الصقعبي ١/٧٨.

ذلك أن الشرط ينقسم إلى شرط شرعي وشرط جعلي، فما يكون اشتراطه بحكم الشارع، يسمى الشرط الشرعي، وأما ما يكون اشتراطه بتصرف المكلف فهو المسمى بالشرط الجعلي[١].

ومفاد الضابط: أن ربط عقد الإجارة بحصول أمر ما لا يجوز؛ لأن الإجارة من عقود المعاوضات، وهذه العقود لا تحتمل التعليق بالشرط[٢]، وفي هذا المعنى يقول القرافي: الذي يقبل الشرط دون التعليق عليه فكالبيع والإجارة ونحوهما، فإنه يصح أن يقال: بعتك على أن عليك أن تأتي بالرهن، أو الكفيل بالثمن، أو غير ذلك من الشروط المقارنة لتنجيز البيع ولا يصح التعليق عليه، بأن يقول: إنْ قدم زيد فقد بعتك أو آجرتك؛ بسبب أنَّ انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق؛ فإن شأن المعلق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول، كقدوم الحاج وحصاد الزرع، ولكنَّ الاعتبار في ذلك بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده، فلوحظ المعنى العام دون خصوصيات الأنواع والأفراد[٣].

وكلام القرافي هذا مهم جدا؛ حيث يتبين للشخص الفرق بين ما يمكن اشتراطه في صلب عقد الإجارة فيجوز، وبين ما لا يمكن فلا يصح لكونه معلقًا على شرط.

ذلك أن أحكام الشريعة بالنسبة للشرط والتعليق به تنقسم إلى أربعة أقسام، أجملها السيوطي بقوله: «قاعدة أبواب الشريعة كلها على أربعة أقسام:

أحدها: ما لا يقبل الشرط ولا التعليق: كالإيمان بالله، والطهارة، والصلاة، والصوم (إلا في صور)، والضمان، والنكاح، والرجعة، والاختيار، والفسوخ.

---

(١) انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ١/١١٩.

(٢) انظر: المبسوط ١٣/٤٠.

(٣) أنوار البروق للقرافي ١/٢٢٩.

والثاني : ما يقبلهما كالعتق، والتدبير، والحج.

الثالث : ما لا يقبل التعليق، ويقبل الشرط كالاعتكاف، والبيع في الجملة، والإجارة والوقف، والوكالة.

الرابع : عكسه: كالطلاق، والإيلاء، والظهار، والخلع»[١].

وكون الإجارة لا تقبل التعليق بالشرط: هو ما عليه جمهور الفقهاء في الجملة[٢].

ويرى ابن قيم الجوزية صحة تعليق الإجارة وغيرها من العقود؛ لقوة الدليل على ذلك عنده حيث يقول: «وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها بالشروط أمر قد يدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة، فلا يستغني عنه المكلف»[٣].

أدلة الضابط :

١- لأن الإجارة تمليك، والتعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات؛ لأنه من القمار المنهي عنه[٤].

٢- لأن منفعة العين المؤجرة تنقل ملكيتها في مدة الإجارة من المؤجر إلى المستأجر، وانتقال الأملاك لا يكون إلا مع الرضا، والرضا إنما

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٧٦- ٣٧٧.

(٢) انظر: المبسوط ٢١٨/٣٠، أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٤٠٥/٢، ترتيب الفروق للبقوري ١١٧/١، القواعد الصغرى للعز بن عبد السلام ٩٨/١، المحلى لابن حزم ٣٦٤/٦، شرح النيل لأطفيش ٤٩١/١٨، البحر الزخار لابن المرتضى ٢٩٢/٩، ٢٨٤/١٠، القواعد والفوائد للعاملي ٥٦/١.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ٣٠٠/٣- ٣٠١ دار الكتب العلمية.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤.

يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق؛ فإن شأن المعلق عليه أن يعترضه عدم الحصول(١).

تطبيقات الضابط:

١- لو قال المؤجر: أجرتك داري إذا رضي فلان، فهو من تعليق الإجارة بالشرط، وذلك لا يجوز(٢).

٢- لو قال شخص لآخر: إذا حضر فلان فقد أجرتك أرضي بكذا، لا يصح(٣)؛ لأنه تعليق للإجارة على الشرط.

٣- إذا قال لشخص: إذا رجع زيد من سفره أجرتك مزرعتي هذه بكذا ريالا، لا يجوز؛ لأن تعليق التمليك على شيء باطل، والإجارة بمنزلة تمليك المنفعة(٤).

٤- لو قال: أجرتك سيارتي على أن تقرضني كذا، لا يجوز(٥)؛ لأنه تعليق للإجارة على القرض.

٥- لو قال شخص لآخر: استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة من القمح، وهي عشرة أقفزة - بدرهم واحد، أو هذه الزبرة من الحديد، وهي عشرة أرطال، بدرهم إلى محلٍّ كذا، فإن زاد الوزن أو الكيل على العشرة المذكورة، فالزائد بحساب ذلك، فإن العقد يصح في العشرة فقط؛ لأنها معلومة، ويبطل فيما زاد عليها؛ لأنه مجهول، ولأن

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٣٩٦، الفروق ١/٢٢٩، المنثور ١/٣٧٤.

(٢) انظر: شرح المجلة العدلية للمحاسني ١/٣٩٣.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/١٥١، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٣/٢٨٤.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٣٠.

(٥) انظر: التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/١١٩.

عقده معلق، ولا يصح تعليق الإجارة[١].

٦- لو قال صاحب العمارة لشخص: إن انتهيت من بناء عمارتي فقد أجرتك شقة بثلاثين ألف ريـال، لا يجوز؛ قياسًا على ما سبق من عدم صحة تعليق الإجارة على الشرط.

٧- لو قال مالك الآلات الصناعية لمن سيقوم بالعمل بها: لو استلمتُ الآلات من البائع، فقد أجرتك إياها بعشرة آلاف ريـال، لا يجوز؛ قياسًا على ما تقدم.

٨- لو قال لآخر: لو استلمت السيارة من الوكالة، فقد أجرتها لك بثلاثة آلاف ريـال شهريًا، لا يصح؛ قياسًا على ما تقدم.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٥٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٥٩٨.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٦

نص الضابط: الجَهْلُ بِمِقْدَارِ الأُجْرَةِ مُفْسِدٌ لِعَقْدِ الإجَارَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- لا تجوز الإجارة ولا الكِراء بالمجهول الذي يقلُّ مرَّة ويكثر أخرى[٢].

٢- لا تجوز الإجارة إلا بأجرة مسمّاة معلومة[٣].

٣- يشترط لصحة الإجارة: أن تكون الأجرة معلومة بتعيين مقدارها إن كانت نقداً[٤].

٤- معرفة الأجرة شرط لصحة الإجارة[٥].

٥- لا يصح أن تكون الأجرة في الإجارة مجهولة ولا غرراً[٦].

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٠٤.

(٢) الكافي لابن عبد البر ص ٣٦٨.

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/١٦٦.

(٤) مجلة الأحكام العدلية المادتان ٤٥٠ و ٤٦٤.

(٥) كشاف القناع ٣/٥٣٩، ٥٤٣.

(٦) التفريع للجلاب ٢/١٨٥.

صيغ ذات علاقة:

- الأجرة كثمن المبيع، فوجب أن تراعي فيها شرائطه[١]. (بيانية).

شرح الضابط:

اتفق الفقهاء على أنه يُشترط لصحة عقد الإجارة ـ سواء أكانت إجارة أعيان أم إجارة أعمال، وسواء أكان محلُّها معينًا أو موصوفًا في الذمة ـ معلومية الأجرة جنسًا وقدرًا وصفة وقت التعاقد، كالثمن في البياعات، فمعرفة الأجرة بما تحصل به معرفة الثمن شرط لصحة الإجارة؛ لأنَّ الإجارة بيع للمنافع، والأجرة فيها كالثمن في البيع، فكان لها حكمه[٢].

قال الكاساني: «الأجرة في الإجارات معتبرة بالثمن في البياعات؛ لأنَّ كل واحد من العقدين معاوضة للمال بالمال، فما يصلح ثمنًا في البياعات يصلح أجرة في الإجارات، وما لا فلا»[٣].

ولأنه عقد يُقصد به العِوَض ـ وهو الأجر ـ فلم يصح مع جهالته[٤]، قال ابن العربي: «العقد إذا تضمَّن العِوَض وجب تنزيهه عن الجهالة والغرر»[٥]، وقال أيضًا: «القاعدة الثامنة: في الجهالة: قد اتفقت الأمةُ على أنه لا يجوز إلا بيع معلوم بمعلوم، بأي طريق من طرق العلم وقع»[٦].

---

(١) عقد الجواهر الثمينة ٢/٨٣٦، وانظر: الوسيط للغزالي ٤/١٥٤.
(٢) رد المحتار ٥/٣، أسنى المطالب ٢/٤٠٤، مغني المحتاج ٢/٣٣٤، الوسيط للغزالي ٤/١٥٤، تحفة المحتاج ٦/١٢٧، البحر الرائق ٧/٢٩٨، التاج والإكليل ٥/٣٨٩، الكافي لابن عبد البر ص ٣٦٨، التفريع للجلاب ٢/١٨٥، كشاف القناع ٣/٥٤٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٥٢، المبدع ٥/٦٦، الشرح الكبير على المقنع ١٤/٢٧٥.
(٣) بدائع الصنائع ٤/١٩٣.
(٤) البيان للعمراني ٧/٣٢٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٥٣.
(٥) أحكام القرآن ١/٢٦٩.
(٦) المسالك ٦/٣٠، القبس ٢/٧٩١.

وبناء على ذلك نصَّ الفقهاء على أنَّ البدل في عقود الإجارة إذا كان مبلغًا من النقود كالريال السعودي، والدولار الأمريكي، والجنيه المصري، وغيره، فإنه يشترط لصحة العقد تعيين مقداره عند التعاقد، كما هو مقرر في ثمن المبيع بلا فرق[1].

ثم إنَّ اشتراط معلومية البدلين لصحة كلِ معاوضة مالية مقرر لحق الله تعالى، بحيث إذا اتفق الطرفان على إنشاء أي عقد من عقود المعاوضات المالية مع جهالة أحد البدلين أو كليهما، فيعتبر اتفاقهما على ذلك فاسداً ـ مثل اتفاقهما على الغرر أو الربا أو المقامرة فيها ـ وذلك لانتهاك حق الله وحرماته في تلك المعاقدة.

ولا يتعارض اتفاق الفقهاء على هذا مع قول الحنابلة، والظاهرية، وبعض أهل العلم، بجواز دفع شخص دابته، أو سيارته، أو سفينته، أو آلته الزراعية، أو الإنتاجية، لمن يعمل عليها بنسبة محددة من العائد أو الناتج، مع أن مقدار البدل الذي يستحقه العامل مجهول؛ لأنه ترجَّح عندهم أنَّ هذه المسألة من صنف المشاركات، لا من باب الإجارة، وذلك جائز في الشركة[2]، وكذا قول الحنابلة، وبعض متأخري المالكية، بجواز استئجار شخص لتحصيل ديونه مقابل جزء مشاع محدد من المال المتحصل؛ لأنهم اعتبروا هذه المسألة من باب الجعالة ـ أو الشركة ـ لا من جنس الإجارة، وذلك جائز فيهما[3]، وقول الحنابلة وغيرهم من الفقهاء بجواز استئجار من يحصد الزرع، أو ينسج الغزل،

---

(١) المادتان ٤٥٠ و ٤٦٤ من مجلة الأحكام العدلية، المادة ٥٨٠ من مرشد الحيران.

(٢) المغني ١١٦/٧، مطالب أولي النهى ٥٤٢/٣، بداية المجتهد ٢٢٦/٢، المحلى ١٩٩/٨، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ١٠٢/٤، الاستذكار ٥٥٩/٥، المعيار للونشريسي ٢٢٤/٨، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٢٥/٢٩، إغاثة اللهفان ٧١٣/٢-٧١٦.

(٣) كشاف القناع ٥١٦/٣، شرح منتهى الإرادات ٣١٧/٢، ٣٣٨، إغاثة اللهفان ٧١٥/٢، منح الجليل ٤/٣، البهجة ١٨٨/٢، مجموع فتاوى ابن تيمية ٦٧/٣٠.

أو يطحن الحبَّ، أو يلقط الزيتون أو يعصره، بحصة نسبية محددة من الناتج أو الخارج؛ لاعتبارهم ذلك من باب المشاركات، كالمزارعة والمساقاة، وذلك جائز فيها[١].

فهذه الأقوال بالجواز لا تتناقض مع الضابط ولا تخالفه؛ لأنها مبنية في نظر أصحابها على تخريج تلك المسائل ونحوها على الجعالة أو الشركة، لا الإجارة؛ حيث إنه يتنازعها شبَهان، شَبَهٌ إلى الإجارة، وشَبَهٌ إلى الجعالة أو الشركة، وقد ترجح لديهم: أنها أقوى شبهًا بإحداهن؛ فخرَّجوا أحكامها عليها وذهبوا إلى جوازها؛ لأنَّ «المرجع في الأمور التي يقع فيها الاشتباه أن تُردَّ إلى أشبه الأصول بها»، كما قال السبكي[٢]، و«الفرع إذا تجاذبه أصلان يُلحق بأشبههما»[٣]، كما هو مقرر في قواعد الفقهاء.

ولا تعارض كذلك بين الضابط، وقول المالكية، والحنابلة، وإسحاق، وابن شبرمة، بجواز استئجار الأجير بطعامه وكسوته؛ وذلك لأنَّ العُرف في نظرهم يحدِّد الواجب في ذلك؛ فتكون الأجرة معلومة بدلالة العُرف والعادة، لا مجهولة[٤].

ولا مع قول المالكية، والحنابلة، وابن شبرمة، والحنفية في المذهب ـ وهو قول أبي حنيفة؛ استحسانًا ـ بجواز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها؛ وذلك لانتفاء الجهالة في الأجرة في نظرهم، لدلالة النص القرآني على قيام العُرف

---

(١) الشرح الكبير على المقنع ٢٨٢/١٤، مطالب أولي النهى ٥٤٢/٣، ٥٤٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٤/٣٠، المحلى ١٩٩/٨، المنح الشافيات للبهوتي ٤٧٨/٢.

(٢) تكملة المجموع ٣٢٨/١٠.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١٩٧/١.

(٤) الكافي لابن عبد البر ص ٣٧٤، بداية المجتهد ٢٢٧/٢، كشاف القناع ٥٤٣/٣، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٥٩/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٥٣/٢، المغني ٦٨/٨، مجموع فتاوى ابن تيمية ١٦٥/٣٢، إغاثة اللهفان ٦٧٢/٢، الذخيرة ٣٧٨/٥، التاج والإكليل ٤٣٦/٥، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ١٠٣/٤.

والعادة في المسألة مقام التعيين بالوصف والقدر[١]؛ حيث قال سبحانه: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]؛ فدلَّ على التزام والد الطفل بأجرة المسترضعة ـ ولو كانت أمًّا ـ وهي الطعام والكسوة نصًّا، بحسب العرف والعادة في مثل هذا العمل[٢].

أدلة الضابط:

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من استأجر أجيرًا فليبيِّن له أجرته»[٣]؛ فدلَّ على أن الإجارة لا تجوز إلا مع تبيين الأجر.

٢- أنَّ الله سبحانه شرع عقود المعاوضات المالية ـ ومنها البيع والإجارة ـ بالتراضي بين العاقدين على موجَبَاتها وآثارها، وذلك في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]؛ حيث سَمَّى كل ما لم يكن عن تراض من التجارة: أكل مال بالباطل[٤] وعلى ذلك قال الشوكاني: «إنَّ المناط في تحليل الأموال ـ أعم من أن تكون أعيانًا أو منافع ـ هو التراضي»[٥].

---

(١) كشاف القناع ٣/٥٤٣، المغني ٨/٦٨، ٧٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣٥٣، المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١١٠٣، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٦٥٩، رد المحتار ٥/٣٣، البدائع ٤/١٩٤، تبيين الحقائق ٥/١٢٧، المبسوط ١٥/١١٩، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٤/١٠٣، النوادر والزيادات ٧/٥٦، بداية المجتهد ٢/٢٢٧.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي١/٢٧٤، أحكام القرآن للجصاص ١/٤٠٤، كشاف القناع ٣/٥٤٣.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٨/٢٣٥ (١٥٠٢٤) من حديث أبي سعيد الخدري، رضي الله عنه، ورواه البيهقي في الكبرى ٦/١٢٠ (١١٩٥٨) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

(٤) المحلى لابن حزم ٨/٤٣٩.

(٥) السيل الجرار ٣/١٩٦، وتمام النص: «إلا أن يرد الشرع الذي تقوم به الحجة بمنع التراضي في ذلك بخصوصه، كما ورد في النهي عن مهر البغيِّ، وحلوان الكاهن، ونحوهما».

ولا يخفى أنَّ مبنى التراضي وقوامه معلومية كل من البدلين لكل واحد من العاقدين عند إبرام العقد، وذلك ليكون كلّ واحد منهما عالماً بنتيجة العقد - أي بحقه، وما أوجبه على نفسه فيه - وقت إنشائه وقد نبَّه إلى هذا المعنى جمع من الفقهاء المحققين، منهم الكاساني في قوله: «لأنَّ الرضا شرط في البيع، والرضا لا يتعلَّق إلا بالمعلوم»[1]، وكذا ابن تيمية وابن القيم في قولهما: «البيع يعتبر فيه الرضا، والرضا يتبع العلم»[2]، والشوكاني حيث قال: «التراضي الذي هو المناط في صحة البيع والشراء ليس بمتحقق مع الجهالة»[3]، والعز بن عبد السلام بقوله: «الرضا بالمجهول لا يصح»[4]، وابن حزم في قوله: «لا يمكن وجود الرضا إلا بعد المعرفة بما يرضى به»[5]، وقوله: «وبالضرورة يدري كل أحد أنه لا يمكن البتة وجود الرضا على مجهول، وإنما يقع التراضي على ما عُلِم وعُرِف»[6].

٣- إنَّ مقصود الشارع - كما ذكر القرافي - ضبط الأموال على العباد؛ لأنه ناط بها مصالح دنياهم وأخراهم؛ ولذلك منع الغرر والجهالة في البيع والإجارة وسائر عقود المعاوضات المالية[7]، ثم قال، رحمه الله: «لا تُشرع عقود المعاوضات مع الغَرَر والجهالات؛ لذهابها بانضباط مظانِّ تنمية المال»[8]، وفرَّع على هذا المعنى أنه «يمتنع

(١) بدائع الصنائع ٤/١٩٣.
(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٨/١٠٣، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٢٢١.
(٣) السيل الجرار ٣/٩٤.
(٤) القواعد الكبرى ٢/٢٩٩.
(٥) المحلى ٩/٧٣.
(٦) المحلى ٨/٣٩٥.
(٧) الذخيرة ٥/٢٤٠.
(٨) الذخيرة ٥/٤٣٦.

الكراء بمثل ما يتكارى الناس للجهالة، فلعله لو اطلع لم يرضَ»[١].

٤- إنَّ جهالة الأجرة في عقود الإجارة تفضي في الغالب إلى المنازعة بين العاقدين؛ لجريان المماكسة والمضايقة فيها، وانتفاؤها مطلوب شرعًا[٢].

تطبيقات الضابط :

١- إذا دفع شخص ماشيته - من بقر، أو غنم، أو ماعز، أو إبل - إلى من يقوم عليها بالرعي، والعلف، والحفظ، والرعاية، مقابل نسبة - كالنصف أو الربع أو غير ذلك - مما يحدث من لبنها، وصوفها، وشعرها، ووبرها، ونسلها، أو أن يدفع طيوره الداجنة، كالدجاج، والبط، والنعام، والحمام، إلى مَن يقوم عليها بالحف وتقديم العَلَف، ونحو ذلك، مقابل نسبة معلومة من بيضها كذلك، أو أن يدفع نَحْلَهُ لمن يقوم عليه مقابل نسبة من عسله، أو شمعه، أو كليهما أيضًا؛ فتلك إجارة فاسدة في قول جماهير الفقهاء - من الحنفية، والشافعية، والمالكية في أصل المذهب، والظاهرية، والحنابلة في المذهب؛ لأنها إجارة ببدل مجهول المقدار[٣].

---

(١) الذخيرة ٣٧٩/٥.

(٢) رد المحتار ٣/٥، البحر الرائق ١٩/٨.

(٣) الفتاوى الهندية ٤٤٥/٤، ٤٤٦، روضة الطالبين ١٦٦/٥، كشاف القناع ٥٢٦/٣، الشرح الكبير على المقنع ٢٩٥/١٤، ٢٩٦، المبدع ٧٠/٥، المنح الشافيات ٤٧٨/٢، مطالب أولي النهى ٥٤٤/٣، الفروع لابن مفلح ١٠٦/٧، البهجة شرح التحفة ١٨١/٢، المحلى ١٩٩/٨، شرح منتهى الإرادات ٣٣٩/٢، ٣٥٥.

وخالفهم أحمد في رواية عنه اختارها ابن تيمية وابن القيم، فقال بجواز ذلك؛ بناء على أنَّ هذه المعاملة ليست من صنف الإجارة، وإنما هي من قبيل المشاركات كالمزارعة والمساقاة. مطالب أولي النهى ٥٤٤/٣، مجموع فتاوى ابن تيمية ٦٢/٢٥، ١١٥/٣٠، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن=

٢- إذا دفع الرجل إلى آخر حانوته، أو دفع بيته لآخر ليتاجر فيه، مقابل نسبة محددة من الربح الذي سيحصل، فالعقد فاسد؛ لجهالة مقدار الأجرة المستحقة[١].

٣- إذا دفع شخص إلى آخر ثوبه أو بضاعته ليبيعها، على أن ما يكون من ربح فبينهما نصفان، فالإجارة فاسدة؛ لجهالة الأجر، في قول الحنفية ومالك والشافعي والثوري[٢].

٤- إذا دفع رجل سلعته أو بضاعته لآخر ليبيعها له مقابل نسبة محددة من الثمن الذي سيبيع به، فهي إجارة فاسدة؛ لجهالة مقدار الأجرة، وعلى ذلك نصَّ الحنفية و الشافعية[٣].

٥- لو دفع شخص قماشًا إلى الخياط، وقال له: إنْ خِطته خياطة رومية، فلك درهم، وإن خطته خياطة فارسية[٤]، فلك نصف درهم، أو قال له: إنْ خطته اليوم، فلك درهم، وإنْ خطته غدًا، فلك نصف درهم؛ فتلك إجارة فاسدة في قول جمهور الفقهاء - من الشافعية،

= تيمية ص ١٤٦، زاد المعاد ٨٢٦/٥، المبدع ٧٠/٥، الشرح الكبير على المقنع ٢٩٥/١٤، التاج والإكليل ٣٩٠/٥.

(١) المحيط البرهاني ٣٣٤/١١، ٣٣٨، الفتاوى الهندية ٤٤٥/٤.

(٢) مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ١٠٢/٤، وخالفهم الحنابلة والأوزاعي والليث وابن أبي ليلى، فقالوا بجواز ذلك؛ لأنه بمنزلة المشاركات كالمزارعة والمساقاة. انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣٨/٢، مطالب أولي النهى ٥٤٣/٣، الفروع ١٠٤/٧، كشاف القناع ٥١٦/٣، مختصر اختلاف العلماء ١٠٢/٤.

(٣) الحجة على أهل المدينة ٧٤٤/٢، المحيط البرهاني ٣٣٧/١١، روضة الطالبين ٣٠١/٤، وخالفهم الحنابلة والأوزاعي، فقالوا بصحة هذه المعاقدة؛ نظرًا لكونها في نظرهم من صنف الجعالة، لا الإجارة، وذلك جائز في الجعالة. انظر: مطالب أولي النهى ٦١٢/٣، المادة/١٢٠١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣٨٦.

(٤) الفرق بين الخياطة الفارسية والرومية: أنَّ الفارسية بغُرْزة واحدة، والرومية بغرزتين. روضة الطالبين ١٧٥/٥، البناية على الهداية ٣٢٢/١٠.

والمالكية، والحنابلة في المذهب، والثوري، وإسحاق، وأبي ثور - لأن تردد الأجرة بين عملين مختلفين، أو زمنين مختلفين بأجرين مختلفين، جعل الأجرة مجهولة المقدار؛ لاختلافها بالتقديم والتأخير، وبنوع الخياطة، فيكون الأجير قد آجر نفسه بما لا يعرف(١).

٦- مسألة الربط القياسي للأجرة في إجارة الأعيان بمؤشر سعر الفائدة، وصورتها: أن يبرم عقد إجارة باتًّا لازمًا لعين من الأعيان لمدة عشر سنوات مثلاً، على أن توزَّع الأجرة على ثلاث فترات ـ أو أقل أو أكثر ـ بحيث تكون الفترة الأولى، وهي سنتان مثلا، بأجرة معلومة محددة المقدار في العقد، بينما تكون الأجرة للفترة الثانية، التي هي أربع سنوات مثلاً، وللفترة الثالثة التي هي ثلاث سنوات كذلك متغيرة بحسب تغير مؤشر سعر الفائدة، بحيث تُعلم وتُحدَّد بحسبه عند بدء كل فترة، دون أن تكون معلومة المقدار وقت عقد الإجارة(٢).

---

(١) المغني ٨٦/٨، كشاف القناع ٥٤٨/٣، روضة الطالبين ١٧٥/٥، مغني المحتاج ٣٤٠/٢، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٤٠٣/٥، ٤٠٤، الذخيرة ٣٧٧/٥، الشرح الكبير للدردير ٧/٤، شرح الخرشي ٧/٧، التهذيب في اختصار المدونة للبرادعي ٣٤٦/٣.
وخالفهم في ذلك الحنفية على المعتمد في المذهب، وهو قول أبي يوسف ومحمد، فقالوا: الترديد في الأجرة على هذا النحو جائز صحيح؛ لانتفاء الجهالة في ذلك، حيث إنه خيَّر الأجير بين منفعتين معلومتين، بأجرين معلومين، ونظرًا لكون الأجر لا يجب إلا بالعمل، ولا بُدَّ له من أن يبتدئ بأحد العملين، فحين يأخذ الأجير في أحدهما يتعيَّن البدل، ويصير معلومًا عند وجوده؛ فلا جهالة. انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٤٤/٥، المبسوط ١٠١/١٥، بدائع الصنائع ١٨٥/٤، تبيين الحقائق ١٣٨/٥، تكملة البحر الرائق ٣٥/٨، المحيط البرهاني ٢٥٥/١١.

(٢) انظر: الفتوى رقم ٢/١١ من فتاوى ندوة البركة الحادية عشرة للأعوام ١٩٨١- ١٩٩٧ ص ١٨٨، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٢/١١٥٩ في دورته الثانية عشرة، بند: رابعًا (ب) في قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة للدورات ١-١٣ ص ٣٩٣، والمعيار الشرعي رقم ٩ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الصادرة في ٦/١٤٢٥هـ- ٥/٢٠٠٤م ص ١٤٩.

وهذا الربط القياسي مُفسد لعقد الإجارة شرعًا؛ لأنَّ أجرة الفترات اللاحقة مجهولة المقدار وقت التعاقد، ولا يرفع عنها الجهالة المحظورة المفسدة لعقد الإجارة كون مؤشر سعر الفائدة، ونحوه من المؤشرات محدَّدًا منضبطًا، لا مجال للنزاع فيه؛ لأنَّ أيلولته إلى العلم بالأجرة في المستقبل لا يرفع عنها صفة الجهالة وقت التعاقد، التي تمنع من صحة عقد الإجارة باتفاق أهل العلم.

استثناءات من الضابط:

١- ما وقع من إيجار عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أرض السواد بالعراق بأجرة مجهولة، فذلك جائز استثناء من الأصل، قال الشيخ زكريا الأنصاري: وذلك «لما فيه من المصلحة العامة المؤبدة»[١]، وقال عميرة: «سواد العراق كان ضرورة»[٢].

٢- قول الشافعية بجواز الحج بالرزق، مع أنَّ الرزق مجهول[٣]، قال الرملي: «وجواز الحج بالرزق مستثنى؛ توسعة في تحصيل العبادة»[٤]، وقال القليوبي: «نعم، يصح الاستئجار للحج بالرزق؛ توسعة فيه»[٥].

(١) أسنى المطالب ٢/٤٠٤.
(٢) حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/٦٨.
(٣) وذكر بعض محققي الشافعية: أن ذلك ليس بإجارة، بل هو نوع من التراضي والمعونة، فالعامل يتبرع على صاحبه بالحج، وصاحبه يتبرع عليه بالنفقة أو هو جعالة اغتفر فيها الجهل بالجُعْل، كمسألة العلج، وهي قول الأمير في الغزو للكفار: مَنْ دلنا على حصن كذا، فله ثلث ما فيه. انظر: أسنى المطالب وحاشية الرملي عليه ٢/٤٠٤، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ٣/١٧٥، نهاية المحتاج ٥/٢٦٦، حاشيتا الشرواني والعبادي على تحفة المحتاج ٦/١٢٧، حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٥٣٥، مغني المحتاج ٢/٣٣٤.
(٤) نهاية المحتاج ٥/٢٦٦.
(٥) قليوبي وعميرة ٣/٦٨.

٣- جواز ما تعارفه الناس واعتادوا عليه من دخول الحمام، واستئجار الحلاق، والحمال، والحجام، والقصار، والدلال، ونحوهم من غير مشارطة، وتحديد لمقدار الأجرة استثناءً؛ لحاجة الناس إلى ذلك، وشيوع التعامل به في قول الحنابلة، والأوزاعي، وبعض محققي المالكية، ومحمد بن سلمة البلخي من متقدمي الحنفية، وغيرهم[(١)]، قال ابن رشد: «لأنَّ هذا مما قد استجازه الناس، ومضوا عليه، والمنع من مثل هذا وشَبَهِه تضييق على الناس، وحرج في الدين وغلوٌّ فيه، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]»[(٢)]، ولأنَّ الأصل أنَّ «ما جرى به عمل الناس، وتقادم في عرفهم وعاداتهم ينبغي أن يُلتمس له مخرج شرعي ما أمكن على خلاف أو وفاق»[(٣)].

د. نزيه حماد

* * *

---

(١) مطالب أولى النهى ٣/٤٨٧، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥٠٧، المعيار ٨/١٩٢، التاج والإكليل ٥/٣٩٠، رد المحتار ٥/٣٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣١٧.

(٢) البيان والتحصيل ٨/٤٢٣، ٤٢٤.

(٣) انظر: المعيار للونشريسي ٦/٤٧١، ٨/٣٧٧، البهجة ٢/١٩٤، ١٩٨، ٢٠٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٧

نص الضابط: الأَصْلُ عَدَمُ جَوَازِ اسْتِئْجَارِ الشَّرِيكِ عَلَى العَمَلِ فِي المُشْتَرَكِ.

صيغ أخرى للضابط:

١- استئجار الشريك على العمل في المُشترَك لا يصح[1].

٢- الاستئجار لعمل فيه الأجير شريك المستأجِر لا يجوز[2].

٣- استئجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجِر لا يجوز[3].

٤- مَن عَمِل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب بذلك أجرًا[4].

٥- لا يجوز كون الشخص أجيرًا على شيء هو شريك فيه[5].

٦- لا يجوز استئجار أحد الشريكين صاحبه لإيقاع عمل في العين المشتركة[6].

---

(١) رد المحتار ٥/١٨٤.

(٢) بدائع الصنائع ٦/١٨٦.

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٨٦.

(٤) الفتاوى الهندية ٥/٢٥٢.

(٥) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٥٣٥، أسنى المطالب ٢/٤٠٥، مغني المحتاج ٢/٣٣٥.

(٦) المسائل الفقهيــة من كتــاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى ١/٣٨٨، النتف في الفتاوى للسغدي ٢/٥٧٥.

صيغ ذات علاقة:

١- استئجار الشريك لإيقاع عمل في العين المشتركة جائز[١]. (مخالف).

٢- كل ما جرت العادة أنْ يستنيب الشريك فيه، فله أنْ يستأجر من مال الشركة شريكه لفعله[٢]. (مخالف).

٣- استئجار أحد الشريكين الآخر فيما لا يستحقُّ أجرته إلا بعمل جائز[٣]. (مخالف).

٤- مساقاة الشريك وشرط زيادة له في الثمر جائز[٤]. (استثناء).

٥- الإجارة بدون التعيين باطلة[٥]. (أصل).

شرح الضابط:

هذا الضابط مبنيٌّ ومؤسس على ما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف و محمد بن الحسن، وأحمد في رواية عنه نقلها أحمد بن الحسين ـ وهو ظاهر مذهب الشافعي ـ من أنه لو اشترك اثنان فأكثر في ملكية بقرة، أو قطيعٍ من الغنم، أو سيارة، أو سفينة، أو آلة إنتاجية، أو بيت أو دكان، أو طن من الحنطة أو الزيتون، واستأجروا أحدهم لرعي، وتعهد تلك البقرة، أو القطيع المشترك،

---

(١) روضة الطالبين ١٧٧/٥، النتف في الفتاوى ٥٧٥/٢، المسائل الفقهية في كتاب الروايتين والوجهين ٣٨٧/١، وفي البيان للعمراني ٣٣٠/٧: يجوز لأحد الشريكين استئجار الآخر على عمل يتعلق بنصيبه في العين المشتركة.

(٢) شرح منتهى الإرادات ٣٢٤/٢، كشاف القناع ٤٩٣/٣، مطالب أولي النهى ٥٠٨/٣، معونة أولي النهى ٧٠٦/٤.

(٣) كشاف القناع ٤٩٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٢٤/٢، مطالب أولي النهى ٥٠٨/٣، معونة أولي النهى ٧٠٦/٤، غاية المطلب للجراعي ص ٣٢٢.

(٤) أسنى المطالب ٤٠٥/٢، مغني المحتاج ٣٣٥/٢، روضة الطالبين ١٧٦/٥، وفي حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٢٦٨/٥: «مساقاة أحد الشريكين الآخر في البستان جائز».

(٥) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١٩٢/٢.

أو العمل على السيارة، أو السفينة، أو الآلة الإنتاجية المشتركة، بأجر محدد إلى أجل معلوم، أو لإصلاح وصيانة البيت، أو الدكان المشترك، أو طحن الحنطة، أو عصر الزيتون المشترك، أو حملهما إلى مكان معيَّن بأجرة محددة، فذلك كله غير جائز(١).

ولا فرق في هذه الصور ونحوها بين ما إذا كانت الشركة شركة ملك أو شركة عقد(٢).

وقد خالفهم في ذلك طائفة من فقهاء الشافعية، والمالكية، وزفر من أصحاب أبي حنيفة، وأحمد في رواية عنه نقلها ابن القاسم وسند وصالح، فقالوا بجواز ذلك؛ لأنَّ استئجار الشريك على القيام بتلك الأعمال، كاستئجار الأجنبي ولا فرق؛ حيث إنَّ جهة الأجير فيه منفكة عن جهة الشريك، فكان كشخصين متميزين لا صلة لأحدهما بالآخر حُكمًا وتقديرًا(٣).

---

(١) النتف في الفتاوى للسغدي ٢/٢٧٥، البيان للعمراني ٧/٣٣٠، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى ١/٣٨٧، ٣٨٨.

(٢) تنقسم الشركة عند الفقهاء إلى قسمين، شركة ملك، وشركة عقد:

فأما شركة الملك: فهي أن يكون الشيء مشتركًا بين اثنين فأكثر على الخصوص بسبب من أسباب التملك، كالشراء والهبة والوصية والميراث وخلط الأموال واختلاطها بصورة لا تقبل التمييز والتفريق. رد المحتار ٣/٣٣٣، تبيين الحقائق ٣/٣١٣، فتاوى النوازل للسمرقندي ص ٢٢٢، حاشية الطحطاوي على الدر ٣/٥١١، المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم ص ٢٠٦، مجلة الأحكام العدلية م/١٠٦٠، مرشد الحيران م/٧٤٥.

وأما شركة العقد: فهي عقد بين اثنين أو أكثر على الاشتراك في رأس المال وفي ربحه، أو على الاشتراك في الربح فقط إذا لم يكن هناك رأس مال؛ وعلى ذلك جاء في المادة/٧٤٧ من (مرشد الحيران): «شركة العقد هي عبارةٌ عن عقد بين المتشاركين في رأس المال، وفي الربح، وهي أنواع: شركة بالمال، وشركة بالأعمال، وشركة وجوه، وكل من هذه الثلاثة إما مفاوضة، أو عنان» أحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف ص ٤٥٨، بدائع الصنائع ٦/٥٦، ٥٧، الاختيار ٣/١٢، رد المحتار ٣/٣٣٧، تبيين الحقائق ٣/٣١٣، الدر المختار وحاشية الطحطاوي ٣/٥١٣.

(٣) البيان للعمراني ٧/٣٣٠، منح الجليل ٣/٧٤٧، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/٣٨٧، حاشية الشبراملسي على النهاية ٥/٢٦٨، أسنى المطالب ٢/٤٠٥، مغني المحتاج ٢/٣٣٥، روضة الطالبين ٥/١٧٧.

وهذا الخلاف جارٍ في الإجارة على العمل في الشيء المشترك، أما استئجار الشريك لإيقاعِ عمل لا يتعلَّق بالمال المشترك فجائز بلا خلاف[١].

أدلة الضابط :

١- لأنَّ عمل الأجير يجب كونه في خالص ملك المستأجر[٢]؛ إذ لا يمكن إيقاع العملِ المستأجَر عليه فيما له فيه جزء غير متميز - ونصيب المستأجر ههنا غير متميز من نصيب المؤجر - وإذا لم يعرف المعقود عليه، لم يصح ورود عقد الإجارة عليه[٣].

٢- قال القاضي أبو يعلى: «ولأنه إذا لم يتميز مال أحد الشريكين من مال صاحبه، كان الأجير عاملا في ملك نفسه، ولا يجوز أخذ الأجرة على عمله في مال نفسه»[٤]، وقد عبَّر عن ذلك المعنى الحنفية بقولهم: إنَّ من شروط الإجارة أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإن كان ينتفع، لم تجز؛ لأنه يكون حينئذ عاملا لنفسه، فلا يستحق الأجر على ذلك[٥].

تطبيقات الضابط :

١- لو كان طعام بين رجلين، فقال أحدهما لصاحبه: احمله إلى موضع كذا، ولك في نصيبي من الأجر كذا، أو قال: اطحنه، ولك في نصيبي كذا من الأجر، فلا يجوز ذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف

---

(١) انظر: الهداية لأبي الخطاب ص ٢٩٩.

(٢) روضة الطالبين ١٧٧/٥، أسنى المطالب ٤٠٥/٢، البجيرمي على الخطيب ١٧٥/٣، الجمل على شرح المنهج ٥٣٥/٣.

(٣) معونة أولي النهى ٧٠٦/٤، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ٣٨٨/١.

(٤) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ٣٨٨/١.

(٥) بدائع الصنائع ١٩٢/٤.

ومحمد[١]؛ لأن من شروط الإجارة أن لا ينتفع الأجير بعمله، فإنْ كان ينتفع، لم تجز؛ لأنه يكون حينئذ عاملا لنفسه، فلا يستحق الأجر على ذلك.

٢- النخل لو كان بين رجلين، فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة، على أنَّ الخارج بينهما أثلاث، ثلثاه للشريك العامل، وثلثه للشريك الساكن، فالمعاملة فاسدة، والخارج بينهما على قدر الملك، ولا أجر للعامل على شريكه؛ لما مرَّ أنَّ في المعاملة معنى الإجارة، ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الأجير شريك المستأجر، وإذا عَمِل لا يستحق الأجر على شريكه»[٢].

٣- إذا كان القماش مشتركًا بين اثنين فأكثر، فلا تجوز الأجرة لمن يفصل أو يخيط منه ثوبًا فأكثر، قال القاضي أبو يعلى: «اختلفت [الروايات] في استئجار أحد الشريكين صاحبه لإيقاع عمل في العين المشتركة، مثل أن يستأجره لقصارة الثوب ونحو ذلك، ونقل أحمد بن الحسين بن حسَّان أنه لا يجوز، وهو أشبه»[٣].

٤- إذا كانت الحبوب مشتركة بين شركاء فلا تجوز إجارة بعضهم على طحنها، قال ابن النقيب: «إطلاق نص الأم أنه لا يجوز كونه أجيرًا على شيء هو شريك فيه، مثل «اطحن لي هذه الويبة[٤]، ولك منها ربع»، يقتضي المنع فهو ظاهر المذهب»[٥]، هذا فيما إذا كانت الويبة مشتركة بينهما.

---

(١) النتف في الفتاوى ٢/ ٥٧٥، وانظر: البيان للعمراني ٧/ ٣٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ١٨٦.

(٣) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين ١/ ٣٨٨.

(٤) الويبة: كَيلتان المعجم الوسيط.

(٥) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٥٣٥، أسنى المطالب ٢/ ٤٠٥.

٥- لا يجوز للشريك أن يستأجر غَرَائِر شريكه لنقل الشيء المشترك، ولا أن يستأجر داره ليحرزه فيها في رواية عن الإمام أحمد؛ لعدم إمكان إيقاع العمل فيما له فيه جزء غير متميز، فإن فعل فلا يستحقُّ الشريك المستأجر منه على ذلك أجراً[١].

استثناءات من الضابط:

١- قال الشافعية: «لو ساقى رجل شريكه في البستان، وشرط له زيادة في الثمر، يجوز على الصحيح، ولا يضرُّ وقوع العمل في المشترك»[٢].

٢- نص الحنابلة على جواز استئجار الشريك في شركة العنان للقيام بعمل لا يلزمه القيام به بمقتضى عقد الشركة، إذا جرت العادة على استئجار الغير لفعله من مال الشركة[٣]، فجاء في (مطالب أولي النهى): «(وما جَرَتْ عادةٌ بأن يستنيب) الشريكُ (فيه) كالاستئجار للنداء على المتاع (ونَقْلِ طعام ونحوه، فله أنْ يستأجر من مال الشركة) من يفعله؛ لأنَّه العُرف (حتى شريكه لفعله) إذا كان فَعْله مما لا يستحقُّ أجرته إلا بعمل، كنقلِ طعام وكيله، وكاستئجار غرائر شريكه لنقله فيها، أو داره ليخزنه فيها»[٤].

ويتخرَّجُ على مذهب الحنابلة استئجار الشريك في شركة العنان لفعل ما لا يلزمه القيام به بمقتضى عقد الشركة، ما إذا جرى العرف

---

(١) انظر: معونة أولي النهى شرح المنتهى ٧٠٦/٤ (الغَرَائِر): جمع غرارة، و(الغِرَارَة): بالكسر بمعنى الكيس الكبير من الصوف أو الشعر ونحوه. انظر: المصباح المنير للفيومي ٤٤٥/٢ حرف الغين، ومعجم لغة الفقهاء ٣٢٩/١.

(٢) روضة الطالبين ١٧٧/٥، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٢٦٨/٥، أسنى المطالب ٤٠٥/٢، مغني المحتاج ٣٣٥/٢.

(٣) كشاف القناع ٤٩٣/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٢٤/٢، معونة أولي النهى ٧٠٦/٤.

(٤) مطالب أولي النهى ٥٠٨/٣.

على ذلك، القول بجواز استئجار الشريك في شركات المساهمة المعاصرة للعمل فيها أو إدارتها، حيث يكون للشريك العامل أو المدير صفتان منفكتان: صفة الشريك المساهم، وصفة العامل أو المدير، وقد جرى العرف ونظام الشركات المساهمة على التمييز والفصل بين هاتين الجهتين؛ نظرًا لاكتساب الشركة الشخصية الاعتبارية المستقلة عن شخصية كل واحد من الشركاء، وتمتعها بالذمة المالية المستقلة التي تؤهلها لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وكون الشركاء لا يتولون أعمالها، وإنما يُعيَّن للشركة مدير أو مجلس إدارة أو كلاهما، ويُستأجر للقيام بأعمالها العمال والموظفون الأكفاء والمؤهلون لذلك، ويكتفي الشركاء بالمساهمة في أموالهم.

وعلى ذلك يستحقُّ الشريك المُستَأجَر للعمل، أو للإدارة الربح باعتباره شريكًا، ويتحمل الخسارة كباقي الشركاء، كما يستحقُّ الأجر باعتباره عاملا فيها أو مديرًا لها، بجهة متميزة مستقلة ومنفكة عن كونه شريكًا، وفي ذلك مصلحة للشركة بلا ريب؛ لأنَّ ذلك الشريك المستَأجَر لو لم يتولَّ العمل بالشركة أو إدارتها، لاحتاجت الشركة إلى عامل أو مدير غير شريك يعمل فيها أو يديرها، ويتقاضى على ذلك أجرًا، فكان هو أولى بذلك منه؛ إذ هو أحرص على مصلحة الشركة وإنجاحها من الأجنبي العامل بها أو المدير(١).

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) وهذا هـو رأي الدكتور عبد العزيز الخياط في كتابه (الشركات في الشريعة الإسلامية) ١/٢٦٣، ٢٦٤، كما صدرت فتوى بجواز ذلك أيضًا عن المستشار الشرعي لبيت التمويل الكويتي، الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي ١/٢١٣، ٢١٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٨

نص الضابط: لَا يَصِحُّ جَعْلُ الأُجْرَةِ مِمَّا عَمِلَ فِيهِ الأَجِيرُ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- إذا جُعلت الأجرة شيئًا يحصل بعمل الأجير فالإجارة باطلة[(٢)].

٢- جَعْل الأجرة شيئًا يحصل بعمل الأجير باطل[(٣)].

٣- كل ما يتوقف حصوله وانفصاله على عمل الأجير، فلا يجوز أن يجعل أجرة[(٤)].

صيغ ذات علاقة:

١- لا تجوز الإجارة بالمجهول[(٥)]. (أصل).

٢- متى فسد عقد الأجرة من أصله لزمت أجرة المثل بعد استيفاء المنافع أو بعضها[(٦)]. (مكمل).

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٠٥.

(٢) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/٢٦٨، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/١٧٥، تحفة المحتاج ٦/١٢٩.

(٣) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/٢٦٨، تحفة المحتاج ٦/١٢٩.

(٤) إتحاف السادة المتقين ٥/٤٥٩.

(٥) شرح النيل ١٠/٧٠.

(٦) البحر الزخار ٥/٣٣، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «الواجب في الإجارة الفاسدة أجرة المثل».

٣- جعل الأجرة شيئًا يحصل بعمل الأجير جائز[١]. (مخالف).

شرح الضابط :

مفاد هذا الضابط: عدم جواز استئجار الشخص أو الأشخاص للقيام بعملٍ من الأعمال مقابل أجر يكون جزءاً مما يحصل بعمل الأجير، وذلك كمن دفع دابة، أو سيارة، أو سفينة، أو آلة زراعية، أو غير ذلك من أدوات الإنتاج أو آلاته، لمن يعمل عليها بحصة نسبية معلومة من الأجر أو العائد[٢].

لكن الفقهاء لم يتفقوا على العمل بمقتضى الضابط، وإنما كانت آراؤهم في ذلك منقسمة إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ لا يجوز استئجار الشخص للقيام بعمل مقابل أجر يكون جزءاً مما يحصل بعمل الأجير.

وهذا القول هو الجاري على الضابط العام محل البحث، وهو المتقرر عند الجمهور من الحنفية و الشافعية، وظاهر مذهب المالكية[٣].

٢ ـ يجوز جعل الأجرة جزءاً مما يحصل بعمل الأجير مطلقًا.

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة والظاهرية والزيدية وطائفة من السلف[٤].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٧- ٨، الفروع لابن مفلح ٤/٣٩٣- ٣٩٤، الإنصاف للمرداوي ٥/٤٥٣، ٦/١٦، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/١٠٢، المحلى لابن حزم ٧/٢٥، التاج المذهب للعنسي ٣/١١٢.

(٢) المحيط البرهاني ١١/٣٣٧، الفتاوى الهندية ٤/٤٤٥، روضة الطالبين ٥/١٦٦، الحاوي للماوردي ٩/١٠٨، ٢٧٧، المغني ٧/١١٦، ١١٧، الاستذكار ٥/٥٥٩، الذخيرة ٥/٣٨٠، الخرشي ٧/٧، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٤/٢٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٣٠، مواهب الجليل للحطاب ٥/٣٩٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٠٥.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٧- ٨، الفروع لابن مفلح ٤/٣٩٣- ٣٩٤، الإنصاف للمرداوي=

٣ ـ يجوز جعل الأجرة شيئًا يحصل بعمل الأجير فيما يجري التعامل به، وهذا ما تبناه بعض الحنفية و المالكية(١)، وربما كان ذلك على وجه الاستحسان والاستثناء.

وهذا الرأي الأخير يعبر عن اتجاه وسط بين الاتجاهين المتعارضين، وهما الأول والثاني، فكان هناك رأي يعتمد الجواز في حال جريان التعامل بمثل ذلك؛ بناء على الحاجة؛ إذ الأصل تصحيح العقود بما أمكن، خصوصًا إذا جرى بها تعامل.

غير أن المتجه هو قول الجمهور ـ كما سيأتي في الأدلة ـ وعليه جرى الضابط.

أدلة الضابط :

أولاً : أدلة المانعين :

١- عن رافع بن خديج عن النبي ﷺ أنه مر بحائط فأعجبه فقال: لمن هذا؟ قلت: هو لي، قال: من أين لك هذا؟ قلت: استأجرته، قال «لا تستأجره بشيء»(٢)، وهو نص صريح في عدم جواز استئجار الأجير بما يحصل من عمله المستأجر عليه.

٢- ما روي عن النبي ﷺ أنه: نهى عن قفيز الطحان(٣)، أي عن استئجار

= ٤٥٣/٥، ١٦/٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٢٨/٢، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٠٢/٥، المحلى لابن حزم ٢٥/٧، التاج المذهب للعنسي١١٢/٣، الاستذكار ٥٥٩/٥، منح الجليل ٣/٤، البهجة للتسولي ١٨٨/٢.

(١) انظر: تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ١٣٠/٥، المعيار المعرب للونشريسي ٢٢٤/٨، فتاوى البرزلي ٤٣٥/٣، ٥٦٦.

(٢) رواه الطبراني في المعجم الكبير ٢٦٣/٤ (٤٣٥٤) من حديث رافع بن خديج.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٤٧/٣، والبيهقي في السنن الكبرى ٣٣٩/٥، والطحاوي في مشكل الآثار ١٨٦/٢ وقال ابن حجر في الدراية ١٩٠/٢: في إسناده ضعف.

الطحان على طحن حنطته بجزء من دقيقها، كالنصف والربع والعُشر، فصار هذا أصلا يعرف به فساد جنسه[١]، أي يقاس عليه ما في معناه[٢] قال في (المحيط البرهاني): «والمعنى فيه: أنه جعل الأجر شيئًا معدومًا؛ لأنه جعل الأجر في الدقيق الذي يخرج من عمله، وإنه معدوم في الحال حقيقة، وليس له حكم الوجود؛ لأنه غير واجب في الذمة؛ لأنَّه إنما يجب في الذمة ماله وجود في العالم، والبدل في المعاملات يجب أن يكون موجودًا حقيقة كالعين، أو حُكمًا كالدَّين»[٣].

٣- ولجهالة الأجرة عند العقد؛ إذ لا يُدرى وقت العقد كم الناتج أو الخارج، ولا كيف يخرج، والجهل بمقدار الأجرة وصفاتها حين العقد مفسد لعقد الإجارة[٤].

٤- ولعدم القدرة على تسليم الأجرة حال العقد[٥]؛ لأنه استئجارٌ بعين ليست عند المستأجر؛ حيث أنَّ دقيق قمحه ليس عنده وقت العقد، وليست الأجرة من قبيل الديون التي تكون في الذمم[٦]، قال الشيخ

---

(١) قال النسفي في طلبة الطلبة ص ٢٦٤: «هو أن يستأجر طحانًا ليطحن له هذه الحنطة بقفيز من دقيقها، فلا يجوز»، ومثل ذلك جاء في شرح مشكل الآثار ١٨٨/٢، المغني ١٧٠/٦، ١١٨/٧، المحيط البرهاني ٣٣٣/١١.

(٢) المحيط البرهانـي ٣٣٣/١١، ٣٣٤، الفتاوى الهندية ٤٤٥/٤، رد المحتار ٣٦/٥، بدائع الصنائع ١٩٢/٤، المبسوط ٨٩/١٥، أسنى المطالب ٤٠٥/٢، نهاية المطلب ١٩٦/٨، ١٩٧، مغني المحتاج ٣٣٥/٢.

(٣) المحيط البرهاني ٣٣٣/١١.

(٤) أسنى المطالب ٤٠٥/٢، مغني المحتاج ٣٣٥/٢، الإقناع للخطيب الشربيني ١٧٥/٣، شرح المحلي على المنهاج ٦٩/٣، شرح المنهج لزكريا الأنصاري ٥٣٤/٣، تحفة المحتاج ١٢٩/٦.

(٥) حاشية القليوبي ٦٩/٣، الإقناع ١٧٥/٣، مغني المحتاج ٣٣٥/٢، شرح المنهج للأنصاري ٥٣٤/٣.

(٦) بداية المجتهد ٢٢٥/٢، شرح مشكل الآثار للطحاوي ١٨٨/٢، المعتصر من المختصر من مشكل الآثار ٣٦٦/١.

زكريا الأنصاري: «لأنَّ الأجرة ليست في الحال بالهيئة المشروطة، فهي غير مقدور عليها»[١]، وقال الزيلعي: «والمعنى فيه: أنَّ المستأجر عاجز عن تسليم الأجر؛ لأنه بعض ما يخرج من عمل الأجير، والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد، وهو لا يقدر بنفسه، وإنما يقدر بغيره، فلا يُعَدُّ قادرًا؛ ففسد»[٢].

٥- ولاشتمال العقد على استحقاق كل من العاقدين على الآخر قدر الأجرة، وهما متنافيان[٣].

ثانيًا: أدلة الفريق القائل بالجواز مطلقًا:

١- إنَّ مسائل وصور هذا الضابط يتنازعها شَبَهان، شَبَه إلى عقد الإجارة، وشَبَه إلى عقد الجعالة، أو إلى عقود المشاركات كالمزارعة والمساقاة، وأنها أقرب شبهًا بالجعالة أو بالمشاركات، فلزم إلحاقها بها في الحكم[٤]، وهو الجواز والمشروعية، مع كون حصة العامل جزءًا شائعًا نسبيًّا من الربح أو العائد؛ حيث إنَّ هذه العقود بحسب طبيعتها لا يُشترط فيها معلومية العمل أو الناتج أو الخارج، وأنَّ ما فيها من جهالة لا تمنع التسليم، ولا تؤدي إلى خصومة أو نزاع، بل

---

(١) أسنى المطالب ٢/٤٠٥، وانظر: حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٦/١٢٩.

(٢) تبيين الحقائق ٥/١٣٠.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٠٥.

(٤) إذ القاعدة الشرعية فيما يتنازعه الشّبَه من المسائل إلى أمرين متخالفين أن تُرَدَّ وتُلحق بأقربهما شبهًا في الأحكام، قال التقي السبكي: «المرجع في الأمور التي يقع فيها الاشتباه أَنْ تُرَدّ إلى أشبه الأصول بها» تكملة المجموع ١٠/٣٢٨، وقال التاج السبكي: «الفرع إذا تجاذبه أصلان يلحق بأشبههما» الأشباه والنظائر ١/١٩٧ وقال القاضي أبو يعلى: «المتردِّد بين أصلين يجبُ إلحاقه بأحد الأصلين، وهو أشبههما به وأقربهما إليه» المسودة لآل تيمية ٢/٧٢١ وقال المنجور: «الفرع إذا دار بين أصلين يغلِّب الأقوى شبهًا» شرح المنهج ص ٥٧٨.

إنَّ فائدة الجعالة أو المشاركة من الطرفين ومصلحتهما لا تحصل غالبًا إلا بذلك(١).

٢- ولأن الأجرة مأخوذة من عين تُنمَّى بالعمل عليها، فصح العقد عليها ببعض نمائها كالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة(٢).

ثالثًا: أدلة القائلين بجواز ذلك إذا جرى به التعامل:

اعتبار التعامل أصلا تدار عليه معاملات الناس، ما لم يكن هناك نص يمنع العمل به، حتى إن جريان العمل يقدم على المشهور إن خالفه في المذهب المالكي(٣).

الترجيح:

الذي يظهر من هذه الأدلة كلها هو ترجيح رأي الجمهور؛ لقوة أدلتهم، مع ما يعضدها من شرط العلم في الإجارة، والأصل في شرط العلم فيها قول النبي ﷺ: «من استأجر أجيرًا فليُعْلِمه أجره»(٤)، وعدم البيان جهالة، ولا تجوز الإجارة بالمجهول(٥).

لكن يمكن العمل بالآراء الأخرى إذا دعت إلى ذلك ضرورة أو حاجة؛ إذ للضرورة حكمها.

---

(١) وقد نبَّه إلى هذا المعنى العز بن عبد السلام في القواعد الكبرى ٢٥٨/٢ حيث قال: «وكذلك يشترط في بعض التصرفات كالبيع والإجارة الوجود، والقدرة على التسليم، وانتفاء الأغرار السهلة الاجتناب؛ ولا يشترط ذلك في قراض ولا مساقاة ولا مزارعة ولا جعالة، فإنَّ ذلك لو شُرط لفاتت مصالح هذه التصرفات ومقاصدها، ولا يخفى ما في فوات هذه المصالح من المفسدة والإضرار».

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٢٨/٢.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٤٥/٤.

(٤) رواه عبد الرزاق ٢٣٥/٨ (١٥٠٤)، وابن أبي شيبة ٣٦٦/٤ (٢١١٠٩) عن أبي سعيد رضي الله عنه.

(٥) شرح النيل لأطفيش ٧٠/١٠.

وهذا ما طبَّقه بعض فقهاء الحنفية والمالكية معللين ذلك بالضرورة والحاجة، حيث ذهب مشايخ بلخ من الحنفية ـ كمحمد بن سلمة، ونصر بن يحيى، وغيرهما ـ إلى جواز دفع الغزل إلى الحائك لينسجه بنصفه أو ثلثه أو ربعه استثناءً؛ لتعارف الناس في بلادهم على ذلك، وتعاملهم به[١]، و«لأنَّ فيه منفعة، فإنَّ النسَّاج يعجّل بالنسج ويَجدُّ فيه إذا كان له في الثوب نصيب»[٢].

وبذلك أخذ الفقيه أبو الليث وشمس الأئمة الحلواني والقاضي أبو علي النسفي[٣].

وقال الشلبي: «وأما مشايخ بلخ فإنما جوَّزوا ذلك؛ لأنَّ الناس تعاملوا بذلك حيث احتاجوا إليه، ووجدوا له نظيرًا، وهو المزارعة والمعاملة»[٤]، وجاء في (الفتاوى الهندية): «ومشايخ بلخ جوَّزوا هذه الإجارة؛ لمكان الضرورة والتعامل»[٥].

كما أجاز مشايخ بلخ والنسفي من الحنفية حمل الطعام ببعض المحمول استثناءً؛ لتعامل أهل بلادهم بذلك وتعارفهم عليه؛ حيث إنَّ ذلك دليل حاجتهم إلى هذه المعاملة[٦].

وهو ما اتجه إليه بعض المالكية، كما يظهر من المسألة الآتية، وما ذكر في عقبها من الفتوى المنقولة عن (المعيار) للونشريسي:

إذا دفع شخص إلى آخر دابته، أو إبله، أو داره، أو سفينته، أو حمَّامه،

---

(١) رد المحتار ٣٦/٥، تبيين الحقائق ١٣٠/٥، بدائع الصنائع ١٩٢/٤، المحيط البرهاني ٣٣٤/١١.
(٢) المبسوط ٩٠/١٥.
(٣) تكملة البحر الرائق ٢٧/٨.
(٤) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٣٠/٥.
(٥) الفتاوى الهندية ٤٤٥/٤.
(٦) تبيين الحقائق ١٣٠/٥، تكملة البحر الرائق ٢٧/٨، رد المحتار ٣٦/٥.

أو نحو ذلك؛ ليعمل عليها أو فيها، وله نصف أو ثلث ما يحصل من ثمن أو أجرة: ما إذا كانت هناك مصلحة كليَّة حاجيَّة إلى هذه المعاملة؛ فإنها تجوز عندئذ لذلك الداعي.

وحكى الونشريسي في (المعيار) عن قاضي الجماعة أبي القاسم ابن سراج، أنه سئل عن إعطاء السفن لمن يعمل فيها بجزء شائع من الربح عند حاجة الناس، أو اضطرارهم إلى ذلك بحسب العُرف والظروف الموجودة، فأجاب:

«إذا كان الأمر كما ذُكر في السؤال، فإنه يجوز إعطاء السفينة بالجزء، نصفًا أو ثلثًا أو ربعًا أو غير ذلك من الأجزاء؛ للضرورة الداعية لذلك؛ لأنَّ مذهب مالك مراعاة المصلحة إذا كانت كليَّة حاجيَّة، وهذه منها ووجه آخر مما يدلُّ على الجواز ما ذكره الشعبي عن أصبغ أنه سُئل عن رجل يستأجر الأجير على أن يعمل له في كَرْم على النصف مما يخرج من الكَرْم، أو ثلثه أو جزء منه، فقال: لا بأس بذلك، قيل له: وذلك مما يُضطر إليه، مثل الرجل يستأجر الأجير يحرس له الزرع، وله بعضه! قال: يُنظر إلى أمر الناس إذا اضطروا إلى ذلك في أمر لابد لهم منه، ولا يوجَد العمل إلا به، فأرجو أن لا يكون به بأس إذا عمَّ، ولا تكون الإجارة إلا به ومما يبين ذلك ما يرجع إلى أعمال الناس وإلى سننهم، ولا يجدون منه بُدًّا، مثل كراء السفن في حَمْلِ الطعام». قال الونشريسي: وهذا نظر في مسألتنا مع ما تقدَّم، فيترجَّح الجواز في المسألة، والله أعلم. قيل: إنْ أُعْمِل مقتضى هذه الفتيا أبيحت مسائل كثيرة ظاهرها المـَنْع على أصل المذهب، ونظر الشيخ - رحمه الله - في هذه الفتيا سديد، واحتجاجه فيها ظاهر»[1].

(١) المعيار المعرب ٨/٢٢٤، وانظر: البهجة ٢/١٨٨، فتاوى البرزلي ٣/٤٣٥، ٥٦٦.

تطبيقات الضابط :

١- لا تصح إجارة شخص لسلخ شاة بجلدها، ولا لطحن البُرِّ ببعض دقيقه، كثلثه أو ربعه أو نصفه، ولا ليعصر له قفيزًا من سمسم بجزء محدد من دهنه، وعلى ذلك جمهور الحنفية، والمالكية، والشافعية[(١)].

٢- إذا دفع رجل إلى حائك غزلا لينسجه ثوبًا بنصفه أو ثلثه أو نحو ذلك، فالإجارة فاسدة، وهو قول أبي ثور، والحنفية، والمالكية، والشافعية، وابن المنذر[(٢)].

٣- لو استأجر مَن ينخل دقيقه، وجعل أجرته النّخالة، لم يجز، والإجارة فاسدة[(٣)].

٤- لو استأجر مَن يجني ثمارًا له، وجعل أجرة الأجير جزءًا من تلك الثمار، فالإجارة فاسدة[(٤)].

٥- إذا استأجر حانوتًا بنصف ما يربح فيه، فالإجارة فاسدة[(٥)].

٦- إذا دفع رجل إلى آخر بعيرًا، وراوية ليستقي به الماء ويبيع، على أنَّ ما رزق الله في ذلك من شيء، فهو بينهما نصفان أو نحو ذلك، فالعقد فاسد[(٦)].

---

(١) الفتاوى الهندية ٤/٤٤٤، ٤٤٥، المحيط البرهاني ١١/٣٣٣، مواهب الجليل ٥/٣٩٩، مغني المحتاج ٢/٣٣٥، روضة الطالبين ٥/١٧٦، البجيرمي على الخطيب ٣/١٧٥، المحلي على المنهاج ٣/٦٩، تحفة المحتاج ٦/١٢٩، شرح المنهج لزكريا الأنصاري ٣/٥٣٤.

(٢) انظر: المحيط البرهاني ١١/٣٣٤، تكملة البحر الرائق ٨/٢٧، المبسوط ١٥/٩٠، الفتاوى الهندية ٤/٤٤٥، مواهب الجليل ٥/٣٩٩، الإشراف لابن المنذر ١/١٠٤، الحاوي ٩/١٠٨، روضة الطالبين ٥/١٧٦، ١٧٧.

(٣) نهاية المطلب ٨/١٩٧، وانظر: روضة الطالبين ٥/١٧٦.

(٤) نهاية المطلب ٨/١٩٦، وانظر: روضة الطالبين ٥/١٧٦.

(٥) المحيط البرهاني ١١/٣٣٤.

(٦) المحيط البرهاني ١١/٣٣٧، وانظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٤٥.

وربما يلحظ وجود هذا النوع من التعامل في أسواق اليوم بين شركات (الليموزين) ـ سيارات أجرة ـ وبين السائقين المستأجرين لها.

٧- من استأجر رجلا لتحصيل ديونه على غرمائه بحصة نسبية محددة من المال المتحصل[١]، فالإجارة باطلة.

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) نهاية المحتاج ٥/٢٦٨، مغني المحتاج ٢/٣٣٥، التاج والإكليل ٥/٤٥٢، إغاثة اللهفان ٢/٧١٦، منح الجليل ٤/٣، القوانين الفقهية ص ٣٣٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٨٩

نص الضابط: إِضَافَةُ الإِجَارَةِ إِلَى وَقْتٍ مُسْتَقْبَلٍ جَائِزَةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الإجارة يصح إضافتها إلى الزمان المستقبل[٢].

٢- الإجارة تقبل الإضافة[٣].

٣- الإجارة المضافة صحيحة، وتلزم قبل حلول وقتها[٤].

٤- الإجارة المضافة إلى وقت مستقبل تصح[٥].

٥- يجوز الاستئجار لوقت مستقبل[٦].

٦- لا يُشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد[٧].

٧- يجوز أن يكون أول عقد الإجارة متراخيًا عن العقد[٨].

---

(١) الفتاوى الهندية ٤/٤١٠.
(٢) الدر المختار ٤/٢٣٣.
(٣) رد المحتار ٤/٢٢٤.
(٤) مجلة الأحكام العدلية م/٤٤٠.
(٥) المبسوط للسرخسي ١٦/٢٠.
(٦) مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي ٤/١٢٨.
(٧) المغني ٨/٩ وقد جاء في كشاف القناع ٤/٤ وشرح منتهى الإرادات ٢/٣٦٤ بلفظ: «لا يُشترط أن تلي مدة الإجارة العقد».
(٨) بداية المجتهد ٢/٢٢٦.

صيغ ذات علاقة :

١- ما لا يمكن تمليكه في الحال يصح إضافته إلى الزمان المستقبل[١]. (قاعدة أعم).

٢- الإجارة الواردة على الذمة يحتمل فيها التأجيل والتأخير[٢]. (أخص).

٣- لا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبلة[٣]. (مخالف).

شرح الضابط :

(الإضافة) في الاصطلاح الفقهي تعني: «تأخير حُكم التصرف القولي المـُنشَأ إلى زمن مستقبل معين»[٤]، والعقد المضاف: «هو ما صدر بصيغة أُضيف فيها الإيجاب إلى زمن مستقبل»[٥]، وعلى ذلك جاء في المادة (٣٢٠) من (مرشد الحيران): «العقد المضاف هو ما كان مضافًا إلى وقت مستقبل والمضاف ينعقد سببًا في الحال، لكن يتأخَّر وقوع حكمه إلى حلول الوقت المضاف إليه».

فالإضافة لا تخرج العقد عن السببيَّة، بل تؤخر حكمه، فلا يترتَّب على العقد حكمه إلا عند مجيء الوقت الذي أُضيف إليه، فلو قال: آجرتك داري من أول شهر آذار الآتي، لا يترتَّب على هذا العقد حكمه إلا من أول شهر آذار

(١) مرشد الحيران م/٣٢٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «الإضافة تصح فيما لا يمكن تمليكه للحال».

(٢) روضة الطالبين ١٨٢/٥، وانظر: نهاية المحتاج ٢٧٥/٥، مغني المحتاج ٣٣٨/٢، المحلي على المنهاج ٧١/٣.

(٣) تحفة المحتاج ١٣٨/٦، نهاية المحتاج ٢٧٥/٥، مغني المحتاج ٣٣٨/٢، النجم الوهاج ٣٣٨/٥، المحلي على المنهاج ٧١/٣، وانظر: أسنى المطالب ٤٠٧/٢، روضة الطالبين ١٨٢/٥.

(٤) المدخل الفقهي العام للزرقا ٥٧٧/١.

(٥) العقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص ٦٦٣، ٦٦٤.

القادم، وكذا لو قال: جعلتُ أرضي صدقة موقوفة لله تعالى بعد شهر، لا تكون وقفًا إلا بعد شهر[١]، ولكنه يكون لازمًا بمجرد انعقاده.

وقد ذهب جماهير الفقهاء - من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية، والثوري، وغيرهم - إلى جواز وصحة عقد الإجارة المضاف إلى المستقبل، نحو: أجرتك داري لمدة سنتين اعتبارًا من بداية العام القادم، وأجرتك سيارتي هذه لمدة تبدأ من غُرَّة الشهر القادم، ونحو ذلك[٢]، وعلى ذلك جاء في المادة (٤٠٨) من (مجلة الأحكام العدلية): «الإجارة المضافة إيجار معتبر من وقت معين مستقبل مثلا: لو استُؤجِرت دار بكذا نقودًا لمدة كذا، اعتبارًا من أول الشهر الفلاني الآتي، تنعقد حال كونها إجارة مضافة» وهي عقد لازم، فلا يجوز لأحد العاقدين فسخها قبل مجيء وقتها[٣]، وعلى ذلك نصت المادة (٤٤٠) من (المجلة العدلية): «الإجارة المضافة صحيحة، وتلزم قبل حلول وقتها بناء عليه: ليس لأحد العاقدين فسخ الإجارة بمجرد قوله: ما آن وقتها»، قال العلامة الأتاسي شارح المجلة: «يعني تنعقد لازمة على ما اختارته المجلة، غير أنَّ الأجرة لا تُملك فيها، وإن اشترط العاقدان تعجيلها، فيكون الشرط باطلا، ولا يلزم المستأجِر للحال شيء بالإجماع؛ لأنَّ امتناع وجوب الأجرة فيها بالتصريح بالإضافة إلى المستقبل، والمضاف إلى وقت لا يكون موجودًا قبله، فلا يتغيَّر هذا المعنى بالشرط»[٤].

---

(١) رد المحتار ٢٣٣/٤، العقود والشروط والخيارات ص ٦٦٣.

(٢) تبيين الحقائق ١٣١/٤، ١٣٤، الدر المختار مع رد المحتار ٢٢٤/٤، ٢٣٣، الفتاوى الهندية ٣٩٦/٤، ٤١٠، جامع الفصولين ٣/٢، ٧، مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي ١٢٨/٤، بداية المجتهد ٢٢٦/٢، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ١٠/٤، ١١، الشرح الصغير للدردير ٣٠/٤، المغني ٩/٨، كشاف القناع ٤/٤، الشرح الكبير على المقنع ٣٥٦/١٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٦٤/٢، البحر الزخار ٥٤/٥.

(٣) المبسوط ٢١/١٦، شرح المجلة للأتاسي ٥٠٨/٢.

(٤) شرح المجلة للأتاسي ٢٧٤/٢.

ووافق الشافعية الجمهور على القول بالجواز إذا كانت الإجارة واردة على الذمة، نحو: ألزمتك حَمْلي إلى موضع كذا، على راحلة صفتها كذا، أول شهر كذا[١].

وخالفهم الظاهرية؛ فقالوا بعدم جواز الإجارة المضافة إلى المستقبل، وكذا سائر العقود المؤجلة؛ لأنَّ التأجيل شرط، فلا يجوز منه إلا ما جاء نص على جوازه، ولم يَرِد نص بجوازها[٢].

أدلة الضابط :

١- لأنَّ الإجارة تتضمن تمليك المنافع، وهي لا يُتصور وجودها في الحال، فتكون مضافة ضرورة، كما قال الزيلعي[٣]، وقال الشيخ الزرقا: الإجارة تقبل الإضافة إلى المستقبل، لأنَّ معنى الإضافة موجود في طبيعتها؛ لكونها عقدًا زمنيًّا (بمعنى أنَّ الزمن المستقبل عنصر أساسي في تنفيذها) إذ لو كانت الإجارة منجَّزة فإنها تعتبر في قوة عقد مضاف متجدّد مع آناء الزمن المستقبل؛ لورودها على المنافع المستقبلة المتجددة[٤].

وقال الطحاوي: «لا تقع الإجارات إلا على وقت مستقبل، فلا فرق بين أن يكون ابتداء المدة من حين العقد، أو يتراخى عنه»[٥].

٢- ولجريان العمل بإضافة الإجارة إلى المستقبل، وهو أصل معمول به

(١) نهاية المحتاج ٥/٢٧٥، النجم الوهاج ٥/٣٣٨، أسنى المطالب ٢/٤٠٧، روضة الطالبين ٥/١٨٢، مغني المحتاج ٢/٣٣٨، المحلي على المنهاج مع حاشية القليوبي ٣/٧١.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٥/٢٠.

(٣) تبيين الحقائق ٤/١٣٤.

(٤) المدخل الفقهي العام ١/٥٨٢.

(٥) مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي ٤/١٢٨.

عند العلماء، قال الطحاوي: «وقد جرت عادة الناس بالاستئجار للحج قبل الخروج، لم يمنع منه أحد»[(١)].

٣- وللحاجة إلى ذلك قال السرخسي: «إنَّ جواز عقد الإجارة لحاجة الناسِ، وقد تَمسُّ الحاجة إلى الاستئجار مضافًا إلى وقت مستقبل؛ لأنها في وقت حاجته ربما لا يجد ذلك، أو لا يجده بأجرة المثل»[(٢)].

تطبيقات الضابط :

١- قال صاحب (المحيط): إذا قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد آجرتك هذه الدار بكذا يجوز، وإن كان فيه تعليق، وعليه الفتوى، وهو قول أبي الليث، وأبي بكر الإسكاف[(٣)]، «مع أنَّ الإجارة لا يصح تعليقها بالشرط»[(٤)]، قال ابن عابدين: «لعل وجهه أنه وقت يجيء لا محالة، فلم يكن تعليقًا بخطر، أو هو إضافة لا تعليق، والإجارة تقبل الإضافة؛ وعليه فلا حاجة إلى الاستثناء»[(٥)].

٢- قال السرخسي: «ولا بأس أنْ يُسلِّف في كراء مكة[(٦)]، قبل الحج بسنة أو بأشهر؛ لأنَّ وقت الحج معلوم لا يُجهل؛ وهذا بناء على مذهبنا أنَّ الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل تصح»[(٧)].

٣- جاء في (شرح منتهى الإرادات): «لا ـ يشترطُ ـ أن تلي مدة الإجارة

---

(١) مختصر اختلاف الفقهاء ٤/١٢٨.

(٢) المبسوط ١٦/٢٠.

(٣) الفتاوى الهندية ٤/٤١٠، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/١٣١، الدر المختار ٤/٢٢٤.

(٤) الفوائد الزينية لابن نجيم ص ١٣٨.

(٥) رد المحتار ٤/٢٢٤.

(٦) أي كراء الراحلة إلى مكة للحج.

(٧) المبسوط ١٦/٢٠.

العقد، فتصح إجارة عين لسنة خمس في سنة أربعٍ؛ لجواز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة، ولو كانت العين مؤجرة، أو مرهونة، أو مشغولة، بنحو زرعٍ وقت العقد، كمُسلَم فيه، لا يُشترط وجوده وقت عقد، إنْ قَدِر مؤجِر على تسليم ما آجره عند وجوبه، أي التسليم، وهو أول دخول المدة»[(١)].

٤- جاء في (درر الحكام): لو آجر من رجل داره من غُرَّة محرَّم شهراً كاملا، وآجرها من آخر غيره من غرّة صفر مدة من الوقت عينه، فالإجارة الأولى مُنَجَّزة والثانية مضافة وعلى ذلك فتُسلَّم الدار إلى المستأجر الأول إلى انتهاء محرَّم، ثم تُسلَّم إلى المستأجر الثاني في غرَّة صفر[(٢)].

٥- إذا خاف رب الدار أن يتبعه المستأجر في رد الدار بعد مضي مدة الإجارة، وأجرها منه سنة من يومه على أن أجرتها بعد مضي السنة، تكون كل يوم ديناراً، فيجوز العقد على هذا الوجه؛ لأن العقد بعد مضي السنة يكون مضافًا إلى وقت في المستقبل، وإضافة الإجارة إلى وقت في المستقبل صحيح، فبعد مضي السنة لا يمتنع المستأجر من رد الدار مخافة أن يلزمه كل يوم دينار[(٣)].

٦- لو استأجر شخصًا معينًا لعمل لا يُعمل إلا بالنهار، وعقد الإجارة ليلا، فإنه يصح، وإن كان الحال يقتضي تأخير العمل، كما لو أجر أرضًا للزراعة في وقت لا تُتصور المبادرة فيه إلى زراعتها[(٤)].

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٦٤/٢، وانظر: كشاف القناع ٤/٤.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٧٥/١، الفتاوى الهندية ٤١٥/٤.

(٣) المبسوط ٢١٨/٣٠.

(٤) حاشية الشهاب الرملي على أسنى المطالب ٤٠٧/٢، نهاية المحتاج ٢٧٦/٥، مغني المحتاج ٣٣٨/٢، ٣٣٩، النجم الوهاج ٣٤١/٥، ٣٤٢.

٧- لو أجر شخص نفسه ليحج عن غيره إجارة عين ـ قبل وقت الحج ـ عند خروج قافلة بلده أو تهيئتهم للخروج، ولو قبل شهره، فإنه يصح إذا لم يتأتَّ الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير في ذلك الوقت، وفي أشهره وقبل الميقات ليُحْرِم منه[١].

٨- تصح إجارة دار ببلد غير بلد العاقدين، وإنْ كان التسليم لا يتأتى إلا بقطع المسافة[٢]؛ لأن في ذلك معنى إضافة الإجارة إلى وقت مستقبل.

٩- يصح استئجار دار مشغولة بأمتعة، وأرض مزروعة يتأتى تفريغهما قبل مضي مُدَّة لها أجرة[٣]، مع ما في ذلك من معنى إضافة الإجارة إلى الزمن المستقبل.

استثناءات من الضابط :

استثنى الشافعية من القول بجواز الإجارة المضافة للمستقبل إجارة الأعيان، فقالوا بعدم جوازها، نحو: أجرتك داري لمدة خمس سنوات تبدأ من أول العام القادم، واحتجوا عليّ بأن منفعة الدار في ذلك الوقت الذي أضيفَتْ إليه غير مقدورة التسليم في الحال[٤]، خلافًا لإجارة الذمة، فإنها جائزة ولو

(١) حاشية الشهاب الرملي على أسنى المطالب ٤٠٧/٢، نهاية المحتاج ٢٧٦/٥، مغني المحتاج ٣٣٨/٢، ٣٣٩، النجم الوهاج ٣٤١/٥، ٣٤٢.

(٢) حاشية الشهاب الرملي على أسنى المطالب ٤٠٧/٢، نهاية المحتاج ٢٧٦/٥، مغني المحتاج ٣٣٨/٢، ٣٣٩، النجم الوهاج ٣٤١/٥، ٣٤٢.

(٣) حاشية الشهاب الرملي على أسنى المطالب ٤٠٧/٢، نهاية المحتاج ٢٧٦/٥، مغني المحتاج ٣٣٨/٢، ٣٣٩، النجم الوهاج ٣٤١/٥، ٣٤٢.

(٤) وأجيب على ذلك بأن اشتراط القدرة على التسليم إنما يكون عند وجوبه، كالمُسْلَم فيه، ولا يشترطُ وجودُ القدرة عليه حال العقد المغني ٩/٨، الشرح الكبير على المقنع ٣٥٦/١٤.

كانت مضافة إلى المستقبل؛ إذ يُحتمل فيها التأجيل والتأخير، باعتبارها كالسَّلم في المنافع، والدَّين يقبل التأجيل، كما لو أسلم في شيء معلوم إلى أجل معلوم[1].

أ.د. نزيه حماد

* * *

(١) أسنى المطالب٢/٤٠١، روضة الطالبين ٥/١٨٢، مغني المحتاج ٢/٣٣٨، نهاية المحتاج ٥/٢٧٥، النجم الوهاج ٥/٣٣٨، تحفة المحتاج ٦/١٣٨، المحلي على المنهاج مع قليوبي وعميرة ٣/٧١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٠

نص الضابط: كُلُّ خِيَارٍ ثَبَتَ فِي البَيعِ يَثْبُتُ فِي الإِجَارَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- يثبت الخيار في البيع والإجارة[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل أن العيب إذا حدث بالعين المستأجَرة فأثَّر في المنافع يثبت الخيار للمستأجِر، وإن لم يؤثر في المنافع فلا[٣]. (أخص).

٢- كل عمل في الإجارة يختلف باختلاف المحل فللأجير فيه خيار الرؤية[٤]. (أخص).

٣- الإجارة كالبيع جوازًا وحرمةً[٥]. (أعم).

---

(١) التجريد للقدوري ٣٦١٧/٧.

(٢) انظر: فتاوى السبكي ٤٣٨/١، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٤٩/٤.

(٣) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٦٨/٢٤.

(٤) انظر: شرح المجلة العدلية للمحاسني ٤٢٦/١.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٩٣/٢، المنثور في القواعد للزركشي ٣٠/١، أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٧٤/٧، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «الإجارة كالبيع».

شرح الضابط :

(الخيار) في اللغة: مشتق من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين، إما إمضاء البيع وإما فسخه.

واصطلاحًا: أن يشرط في العقد - أو بعده - الخيار لأحد المتعاقدين، أو كليهما في فسخ العقد أو إمضائه[1].

ومفاد الضابط : أن كل ما ثبت في عقد البيع من أنواع الخيارات فإنه يثبت أيضًا في عقد الإجارة؛ لأن الإجارة تقاس على البيع؛ فالبيع أصل وهي فرع.

والخيار في البيع رخصة شرعت للتروِّي ودفع الضرر؛ لذا فهو عارض؛ لأن البيع من العقود التي يقتضي وضعها اللزوم؛ ليتمكن العاقد من التصرف فيما أخذه من صاحبه[2].

ومثل البيع الإجارة؛ لأن البيع والإجارة من التصرفات التي لا تتم مصالحها ومقاصدها إلا باللزوم من العاقدين؛ ولهذا دخل في البيع خيار المجلس على خلاف قاعدته؛ لأن حاجة الناس تمس إليه، فجاز مع قِصَر مدته، وقد لا يتحقق العاقد في مدة المجلس أنه غابن أو مغبون، فشُرِع خيار الشرط مقدرًا بثلاثة أيام؛ تكميلا للغرض من شرعية الخيار.

وكذلك يثبت الخيار في البيع لأسباب تغض من مقاصد الخيار، كخيار الخلف وخيار العيب وخيار التدليس، وكذلك في الإجارة[3]؛ لأنها في حكم البيع غالبًا.

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٢/ ٢٢٠، البناية شرح الهداية للعيني ٦/ ٢٥٨.

(٢) انظر: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٢/ ٤٤٤.

(٣) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٤٨.

وثبوت الخيارات في الإجارة في الجملة وارد عند جمهور الفقهاء[١]، خلافًا للشافعية في غير خيار العيب في الأصح، وابن حزم[٢].

وحجة المانعين: أن الإجارة عقد غرر؛ إذ هو عقد على معدوم، والخيار غرر، فلا يضم غرر إلى غرر[٣].

أدلة الضابط:

أ- عموم أدلة الخيار في البيع، ومنها:

١- وله ﷺ في خيار المجلس[٤]: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا»[٥].

٢- قوله ﷺ في خيار العيب: «من اشترى شاة مصرَّاة[٦]، فهو بخير النظرين: إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعًا من تمر»[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٩٦/٤-١٩٩، شرح المجلة العدلية للمحاسني ٤١٩/١، مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢٤٢/١، تكملة البحر للطوري ٣/٨، الشرح الصغير للدردير ٤٩/٤- ٥٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠/١٦، ٣٠/٦، المغني لابن قدامة ١٣٠/٤، ٣٠/٦، ٣١، الإنصاف للمرداوي ٦٦/٦، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى ٣٧٧/٣، ٢٢/٤، شرح النيل لأطفيش ١٥٧/١٩، الجامع للشرايع للحلي ٢٩٧/١، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١٧٤/٢.

(٢) انظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج٢/٤٠٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٧/٢، المحلى لابن حزم ٣٣٢/٦، ٣٤١.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٤٠٦/٢.

(٤) (خيار المجلس): أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد ولم يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد.

(٥) رواه البخاري ٦٤/٣ (٢١١٠)، ومسلم ١١٦٤/٣ (١٥٣٢) من حديث حكيم بن حزام، رضي الله عنه .

(٦) (المصرَّاة): الشاة يُجمع اللبن في ضرعها عند إرادة البيع فتبدو كثيرة اللبن.

(٧) رواه البخاري ٧٠/٣ (٢١٤٨)، (٢١٥٠)، (٢١٥١)، ومسلم ١١٥٥/٣ (١٤١٢)/(١١)، من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

٣- قوله ﷺ في خيار الرؤية[١]: «من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه»[٢].

ووجه الدلالة من هذه النصوص: هو أن هذه الخيارات وردت في البيع، فيقاس عليه ما في معناه من عقود المعاوضات كالإجارة[٣]، وقد ثبت أن «حكم الإجارة كالبيع»[٤].

ب- ولأن الإجارة بيع المنفعة، والمنافع تحدث شيئًا فشيئًا، فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقودًا مبتدًا، فإذا حدث العيب بالمستأجَر كان هذا عيبًا حدث بعد العقد وقبل القبض، وهذا يوجب الخيار في بيع العين، فكذا في الإجارة[٥].

ج- ولأن الخيار شرط في البيع للتروي، فكذا في الإجارة؛ لأنها تقع بغتة من غير سابقة تأمل، فيمكن أن يقع غير موافق فيحتاج إلى الإقالة، فيجوز اشتراط الخيار فيها[٦].

تطبيقات الضابط:

١- يثبت خيار العيب في الإجارة؛ لأن العقد يقتضي سلامة البدل، فإذا لم يسلم البدل من العيب فات الرضا من المستأجر، فله أن يفسخ كما

---

(١) (خيار الرؤية): هو حق يثبت به للمتملك الفسخ أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعيَّن الذي عقد عليه ولم يره، والإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب، أي خيار سببه الرؤية. انظر: رد المحتار ٤/ ٢٢، فتح القدير ٥/ ١٣٧، البحر الرائق ٦/ ١٨.

(٢) رواه الدارقطني ٣/ ٤-٥(١٠)، والبيهقي في الكبرى ٥/ ٢٦٨ من حديث أبي هريرة رضي الله عنه، ورواه أيضًا الدارقطني ٣/ ٤(٨)، والبيهقي في الكبرى ٥/ ٢٦٨، عن مكحول مرسلا.

(٣) انظر: المجموع للنووي ٩/ ١٨٦.

(٤) المبدع شرح المقنع ٤/ ٤٩٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٩/ ٣٨٨.

(٦) انظر: تكملة البحر للطوري ٨/ ٤١-٤٢.

في البيع، والمعقود عليه هنا المنافع، وهي تحدث ساعة فساعة، فما وجد من العيب يكون حادثًا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الفسخ[١]، فمن استأجر دارًا فوجد بها عيبًا حادثًا يضر بالسكنى فله الفسخ والرد[٢]، كما في البيع إذا وجد المشتري عيبًا فيه، وكل خيار ثبت في البيع يثبت في الإجارة.

٢- يثبت خيار الشرط في الإجارة، كالبيع[٣]؛ لأن كل خيار ثبت في البيع يثبت في الإجارة.

٣- يثبت خيار الرؤية في الإجارة، كما يثبت في البيع، فلو استأجر دارًا لم يرها ثم رآها فلم يرضَ بها، فله أن يردها[٤]؛ لأن كل خيار ثبت في البيع يثبت في الإجارة.

٤- يثبت خيار المجلس في الإجارة، كالبيع[٥]؛ إذ كل خيار ثبت في البيع يثبت في الإجارة.

---

(١) انظر: تكملة البحر للطوري ٤٠/٨.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٨٧/٢، شرح الدر المختار ٢٧٨/٢- ٢٧٩، والهداية ٢٤٩/٣، كشف الحقائق وشرح الوقاية ١٦٥/٢، تكملة البحر للطوري ٣/٨، منح الجليل ٧٩٦/٣، المهذب ٤٠٥/١-٤٠٧.

(٣) (خيار الشرط): هو أن يكون لأحد العاقدين أو لكليهما أو لغيرهما الحق في فسخ العقد أو إمضائه خلال مدة معلومة، كأن يقول المشتري للبائع: اشتريت منك هذا الشيء على أني بالخيار مدة يوم أو ثلاثة أيام. انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ١١٩/٤، تكملة البحر للطوري ٤١/٨، راجع أحكام خيار الشرط في المواد ٣٠٠-٣٠٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣٨٧/٩، فتح القدير ١٤٠/٥، رد المحتار ٦٣/٤، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٥٢/٢، تكملة البحر للطوري ٣/٨، ٤٢، رمز الحقائق للعيني ١٥٨/٢.

(٥) انظر: التلخيص لابن القاص ٢٩٣، المجموع ١٧٨/٩، وقد أورد النووي في هذا الخيار وجهين عند الشافعية مغني المحتاج ٤٣/٢، شرح منتهى الإرادات ١٦٧/٢.

٥- يثبت خيار الغبن[١] في الإجارة؛ لأنه ثابت في البيع البيع[٢]، وكل خيار ثبت في البيع يثبت في الإجارة.

براء الإدلبي

* * *

(١) (خيار الغبن): هو حق يثبت به للعاقد فسخ العقد أو إمضاؤه إذا وجد أنه خُدع في السعر ونُقص فيه نقصانًا فاحشًا، و(الغبن): هو النقص في الثمن في البيع والشراء. البحر الرائق ١٦٩/٧.

(٢) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ٢٥٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩١

نص الضابط: أَصْلُ الإِجَارَةِ عَلَى الأَمَانَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- يد المستأجر على العين يد أمانة[٢].

صيغ ذات علاقة:

- لا ضمان على مؤتمن[٣]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط:

هذا الضابط يتعلق بأحكام الإجارة ومحل عقدها - وهو ما يطلق عليه الفقهاء: المعقود عليه – ومحل عقد الإجارة قد يكون منفعة عين من الأعيان، كما في إجارة الأراضي والملابس والمساكن والأسلحة والسيارات، ونحو ذلك، وقد يكون عمل عامل، ويسمى حينئذ بالأجير، كما في استئجار الخدم والصناع والأطباء والمحامين[٤].

---

(١) أنوار البروق للقرافي ٢/٣٢، سد الذرائع للبرهاني ١/١٨٢.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/٣٢٨.

(٣) أخرجه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وانظر: حاشية الروض لابن قاسم ٥/٤٥٧، والتجريد للقدوري ٧/٣٦٤٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٥١، ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٤٢-٤٤٣، وأحكام المعاملات المالية للشيخ علي الخفيف ص ٤٣٨.

وبناء على ذلك: فإن لهذا الضابط شقين: **الأول** : يد المستأجِر في العين المستأجرة، **الثاني** : يد الأجير فيما استُؤجِر فيه.

فأما يد المستأجِر في العين المستأجرة : فهي يد أمانة باتفاق(١)، المذاهب الأربعة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية(٢)، والمعنى في هذا: أن المستأجِر لا يضمن تلف العين المستأجرة أو هلاكها، ما دام أنه لم يقصِّر في المحافظة عليها، ولم يتجاوز حقه في الانتفاع بها، بناء على العقد الذي بينه وبين المـؤجِر له، ولم يخرج في انتفاعه بها عن المعروف بالعرف، كما لو استأجر دارًا لم يجز له أن يباشر فيها أعمالا توهن بناءها؛ لأن هذا مما ينكره العرف، فإذا تجاوزه كان متعديًا؛ إذ المعروف بالعرف كالمشروط(٣).

وأما يد الأجير فيما استُؤجِر فيه: فقد قسم الفقهاء الكلام عن الأجير إلى قسمين: أجير خاص، وأجير مشترك، ولكل منهما حكمه بالنسبة إلى الضمان وعدمه.

أولاً : **الأجير الخاص** : وهو الذي يعمل لواحد معين أو أكثر عملا مؤقتًا مع التخصيص، كما لو استأجر شخص أو أكثر طاهيًا ليطبخ لهم خاصة مع تعيين المدة(٤)، ويستحق الأجرة بتسليم نفسه إلى المؤجر في المدة التي تم

---

(١) حكى ابن عابدين في تنقيح الفتاوى الحامدية ١٠٤/٢ الإجماع على ذلك نقلا عن مجموع النوازل، ولعلـه إجماع خاص؛ إذ الخلاف واقع في جواز الإجارة أصلا، يقول ابن حزم في مراتب الإجماع ٦٠/١: الإجارات لا إجماع فيها، فقد منع منها كلها قوم من أهل العلم، وإن كان الجمهور على إجازتها، والله أعلم.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٩/١٥، ٢٥/١٦، الشرح الكبير على مختصر خليل للدردير ٢٤/٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٢٤/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي٢٥٣/٢، المحلى لابن حزم ٢٨/٧، والبحر الزخار لابن المرتضى ٣٣/٥، الروضة البهية للعاملي ٣٣١/٤، شرح النيل لأطفيش ٢٣٩/١٠.

(٣) انظر: أحكام المعاملات المالية للشيخ علي الخفيف ص ٤٣٩، ٤٤١.

(٤) انظر: المعاملات المالية لأحمد إبراهيم بك ص ١٦١.

الاتفاق عليها للعمل، سواء عمل أو لم يعمل، كالسائق الخاص، والطبيب الخاص، ونحو ذلك[١].

ويكاد يكون هناك اتفاق بين المذاهب الأربعة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية، والإباضية، على أن الأجير الخاص أمين فيما تحت يده، غير ضامن لما تلف منه إلا إذا تعدى في التصرف فيه، أو قَصَّر في حفظه[٢].

ثانيًا: **الأجير المشترك**: وهو الذي يعمل لغير واحد، أو يعمل لواحد عملا غير مؤقت أو عملا مؤقتًا من غير اشتراط التخصيص عليه، كما لو استأجرت منجدًا للفرش ولم تشترط عليه أن لا ينجد لغيرك، فهو أجير مشترك، سواء كان عمله في منزلك أو في محله[٣]، ويستحق الأجرة على نفس العمل، كالخياط والنجار ونحوهما[٤].

واختلف الفقهاء في تضمين الأجير المشترك على أقوال، أشهرها ثلاثة:

١- الأجير المشترك أمين، ولا يضمن ما تلف تحت يده إلا إذا تعدى فيه أو قصَّر في حفظه، وبه قال الإمام أبو حنيفة، وهو مذهب الشافعية، والظاهرية، والإباضية[٥].

٢- الأجير المشترك يضمن ما تلف تحت يده مطلقًا وإن لم يتعد أو

---

(١) انظر: التعريفات للجرجاني ص ٢٥، والتعاريف للمناوي ٣٦/١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢١١/٤، الكافي لابن عبد البر ٧٥٧/٢، أسنى المطالب٤٢٥/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٦٩/٢، ٢٧١، المحلى لابن حزم ٢٩/٧، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٩٨/٣، ١٠٣، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للهذلي ١٤٨/٢، شرح النيل ٢٣٩/١٠.

(٣) انظر: المعاملات المالية لأحمد إبراهيم بك ص ١٦١، التعريفات ص ٢٥، التعاريف ٣٦/١ على بعضه.

(٤) انظر: المعاملات المالية لأحمد إبراهيم بك ص ١٦١ – ١٦٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢١٠/٤، أسنى المطالب ٤٢٥/٢، المحلى ٢٩/٧، شرح النيل ٢٣٩/١٠.

يقصر، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني – صاحبا الإمام أبي حنيفة – وهو مذهب الحنابلة، والزيدية، والإمامية(١).

٣- الصناع يضمنون ما تلف تحت أيديهم إذا كان التلف من الصانع، أو ادعى هلاكه ولم تقم بينة بذلك، وكان هذا الشيء مما يمكن خفاؤه على الصانع، وإلا فلا ضمان عليهم، وهو مذهب المالكية(٢).

أدلة الضابط :

أولاً : استدلوا على أن المستأجر أمين بما يلي:

١- لأن المستأجر قبض العين المستأجرة لاستيفاء منفعة يستحقها منها بعقد الإجارة؛ فكانت أمانة(٣).

٢- ولأن قبض العين المستأجرة قبض مأذون فيه، فلا يكون مضمونًا كقبض الوديعة والعارية(٤).

ثانيًا : استدلوا على أن الأجير الخاص أمين بالكتاب والمعقول.

١- **الكتاب** : قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

وجه الدلالة : أن الله تعالى نهى عن أكل أموال الناس بغير حق،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١٠، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٦٩، ٢٧١، التاج المذهب لأحكام المذهب ٣/٩٨، ١٠٣ شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٢/١٤٨.
إلا أن أبا يوسف ومحمد بن الحسن استثنيا ما تلف بالحرق الغالب والغرق الغالب واللصوص المكابرين، فلا يضمن الأجير المشترك ما تلف بذلك.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢١٦.

(٣) انظر: المغني ٥/٣١١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١٠.

فمال الصانع والأجير حرام على غيره، فإن اعتدى أو أضاع لزمه حينئذ أن يُعْتَدى عليه بمثل ما اعتدى[1].

٢- **المعقول**:

أ- لأن منافع الأجير الخاص مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير الأجير الخاص نائبًا عنه؛ فلهذا لا يضمِّنه[2].

ب- ولأن عمل الأجير الخاص غير مضمون عليه، فلا يضمن ما تلف به؛ قياسًا على القصاص، وقطع يد السارق[3].

ج- ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به، فلا يضمن من غير تعد؛ قياسًا على الوكيل والمضارب[4].

ثالثًا: استدلوا على أن الأجير المشترك أمين بالكتاب والمعقول[5]:

١- **الكتاب**:

أ- قول الله تعالى: ﴿فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣].

وجه الدلالة: أن الآية الكريمة دلت على أن الأصل عدم وجوب الضمان إلا على المتعدي، ولم يوجد التعدي من الأجير المشترك؛ لأنه مأذون له في

---

(١) انظر: المحلى ٧/٢٩.
(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٩/١٢٩.
(٣) انظر: المغني ٥/٣٠٧.
(٤) انظر: المغني ٥/٣٠٧.
(٥) اخترنا عرض أدلة هذا القول دون الأقوال الأخرى؛ لموافقتها لمدلول الضابط، ولمراجعة أدلة الأقوال الأخرى ومناقشاتها انظر: تصرفات الأمين في العقود المالية للدكتور عبد العزيز الحجيلان ١/٣٩٤- ٤٠٢.

القبض، وهلاك العين المستأجرة - إذا كان من غير تعد - ليس من صنعه؛ فلا يجب عليه الضمان[١].

ب- وقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وقد تقدم وجه الدلالة منه فيما استدلوا به على أن الأجير الخاص أمين.

٢- المعقول :

أ- لأن الأجير المشترك قد قبض العين بإذن المالك لمنفعته، وهي إقامة العمل للمالك فيها، فلا تكون العين مضمونة على الأجير؛ قياسًا على الوديع والأجير الخاص[٢].

ب- ولأن الضمان إما أن يكون ضمان عقد، أو ضمان جُبْرَان[٣]، وكلاهما منتف عن الأجير المشترك؛ لأن العقد وارد على العمل لا على العين فلا تصير العين به مضمونة، ولأن ضمان الجبران للفوات، والأجير المشترك ما فوت على المالك شيئًا حين قبضه بإذنه[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/١٠٣.

(٣) ويطلق عليه بعض الفقهاء ضمان اليد، والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد، أن (ضمان العقد): هو المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفقا عليه؛ إذ جعل مقابله شرعًا، كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة، وكذلك المسلم فيه فإنه لو فسخ أو انفسخ رجع إلى رأس المال لا إلى قيمة المسلم فيه، وأما (ضمان اليد): فهو ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة، وقال بعضهم: ما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكون مضمونًا ضمان يد، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان اليد، وكذا النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق، فهو مضمون ضمان يد. انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٣٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥/١٠٣.

تطبيقات الضابط :

١- من استأجر شيئًا فادعى ضياعه أو تلفه فإنه يصدق ولا يضمنه؛ لأنه أمين[1].

٢- قائد السفينة التي تحمل بضاعة مثلا لا يضمن إلا ما يتلف عن تفريط منه[2].

٣- إذا اختلف المستأجِر والمالك في قدر ما أنفق المستأجر على العين المستأجرة، فالقول قول المستأجِر في قدر ما أنفق إذا ادعى نفقة مثله في العادة؛ لأنه أمين[3].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٦/٧.
(٢) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ١٤٨/٢.
(٣) انظر: مغني المحتاج ٤٨٨/٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٢

نص الضابط: الأَجِيرُ المُشْتَرَكُ ضَامِنٌ لِمَا جَنَتْ يَدُهُ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- يضمن الأجير المشترك ما جنت يده[(٢)].

٢- الأجير المشترك يضمن الضرر والخسائر التي تولدت عن فعله وصنعه[(٣)].

٣- الأجير المشترك يضمن ما تلف بعمله[(٤)].

٤- ما تلف بعمل الأجير المشترك مضمون[(٥)].

٥- الأجير المشترك ضامن للشيء إن هلك في يده بصنعه[(٦)].

٦- الأجير المشترك يضمن ما كان من جناية يده[(٧)].

---

(١) المبسوط ١٥/٧٩، مجمع الضمانات للبغدادي ص٥١، وانظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٧٧، المغني ٥/٣٠٥، القواعد لابن رجب ص٢٢٠، التاج المذهب للعنسي٣/١٠٣، شرح النيل لأطفيش ١٠/٢٤٩.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٦/٧٢، المقنع لابن قدامة ١/١٤١.

(٣) درر الحكام لعلي حيدر ١/٧١٣، المادة: ٦١١.

(٤) مجمع الضمانات ص ٥١.

(٥) رمز الحقائق للعيني ٢/١٥٦.

(٦) مرشد الحيران لقدري باشا ١/٨٤.

(٧) معين الحكام لعلاء الدين الطرابلسي ص ٢٠٢.

صيغ ذات علاقة :

- الأجير الخاص أمين[١]. (قسيم).

شرح الضابط :

(الأجير): هو المستأجَر، والجمع: أُجَراء[٢]. وهو على وزن فَعِيل من (الإجارة)، وهي في اللغة: اسم للأجرة، وهي كراء الأجير[٣].

والأجير نوعان :

- **الأجير المشترك**، وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين، وسُمي (مشتركًا)؛ لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، ويعمل لهم، فيشتركون في منفعته واستحقاقها، فسُمي مشتركًا لاشتراكهم في منفعته؛ لأن المعقود عليه هو الوصف الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة، ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول في حكم الدين في الذمة، وله ثلاث صور:

١ - من يعمل لأكثر من واحد، كالخياط الذي يخيط ثياب الناس.

٢- أو يعمل لواحد عملا غير مؤقت، كالخياط الذي يستأجره رجل للخياطة في بيته غير مقيد بوقت، وإن لم يعمل لغيره.

٣- أو يعمل لواحد عملا مؤقتًا بلا تخصيص، كالراعي يستأجره رجل لرعي غنمه شهراً، بلا تخصيص بقوله: ولا ترع غنم غيري.

- **الأجير الخاص**: وهو من يعمل لواحد عملا مؤقتًا بالتخصيص، أي

---

(١) مرشد الحيران ١/٨٤، درر الحكام لعلي حيدر ١/٧١١ (المادة: ٦١٠).

(٢) انظر: تاج العروس (أجر).

(٣) انظر: المغرب، ومقاييس اللغة مادة (آجر).

الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة، ويستحق المستأجر نفعه في جميعها، كأجير شخص لخدمة، أو عمل، أو بناء، يومًا أو شهرًا وحده، إذا شرط ألا يخدم غيره، وسُمي (خاصًا)؛ لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس(١).

والمعنى الإجمالي للضابط: هو أن الأجير المشترك يضمن الخسائر المتولدة من فعله، سواء أكان متعديًا أم لم يكن كذلك، وسواء تجاوز المعتاد أم لم يتجاوزه؛ لأن ما يدخل تحت عقد الإجارة هو العمل السليم لا الفاسد، والمستأجِر حينئذ مخيَّر إن شاء ضمَّنه قيمته بحاله وهو غير معمول وأعطاه أجره، وإن شاء ضمَّنه قيمته معمولا وأعطاه أجر مثله(٢).

ولما كان تضمين الأجير المشترك مستثنى من الأصل العام، وهو عدم تضمين الأجراء، كان محل تضمينه مقيد بثلاثة شرائط:

١- أن يكون في قدرته رفع الضرر عن الشيء المستأجر عليه، أما الأمر الذي لا يمكن الاحتراز منه، كموج البحر والريح يغرقان السفينة، والحرق الغالب بلا سبب، وغير ذلك، فلا ضمان فيه على الأجير المشترك.

٢- أن يكون محل العمل مسلَّمًا إليه بالتخلية، بحيث لا يشاركه المالك، فلو كان صاحب المتاع راكبًا مع الملاح في السفينة، فانكسرت بجذب الملاح، وهلك المتاع لا يضمن.

٣- أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، فلا يضمن الآدمي(٣).

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٣٤، المغني لابن قدامة ٥/٣٠٥.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٧١٣.

(٣) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٦/٦٧، المبسوط ١٥/١٠٣.

وضبط الحنفية موضوع ضمان الأجير المشترك: بأن هلاك العين في يده يقع على أربع صور:

١- بفعل الأجير الذي يقع بتعديه، وفي هذه الصورة يلزم الضمان عند الإمام أبي حنيفة وصاحبيه.

٢- بفعل الأجير الذي يقع بدون تعديه، وفي هذه الصورة يلزم الضمان أيضًا عند الإمام وصاحبيه.

٣- بما ليس بفعل الأجير، ولا يمكن الاحتراز منه، كالحريق الغالب، وفي هذه الصورة لا يلزم الضمان عند الإمام وصاحبيه.

٤- بما ليس بفعل الأجير، ويمكن الاحتراز منه، كالغصب والسرقة، وفي هذه الصورة خلاف: فلا يلزم الضمان عند الإمام أبي حنيفة، ويلزم الضمان عند الإمامين أبي يوسف ومحمد(١).

وبيان ذلك: أن المعقود عليه هو الحفظ، وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب، فيكون المستحق بالعقد حفظًا سليمًا، فإذا سرق ثوب مثلا عند الأجير المشترك، تبيَّن أنه لم يأتِ بالحفظ السليم، فكان مخالفًا موجب العقد، فكان ضامنًا، وهذا في الأجير بالحفظ ظاهر فإنه لا يتوصل إلى إقامة العمل إلا بالحفظ، والعمل مستحق عليه، وما لا يتوصل إلى المستحق إلا به يكون مستحقًا، والمستحق بالمعاوضة السليم دون المعيب والبدل وإن لم يكن بمقابلة الحفظ هنا، لكن لما كان مستحقًا بعقد المعاوضة تعتبر فيه صفة السلامة كأوصاف المبيع، إلا أن ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوًا كما في السراية في حق النزاع، فإنه عفو؛ لأنه لا يستطاع الامتناع منه(٢)؛ لأن تضمين الأجير

(١) انظر: المبسوط ١٥/٨٠، البحر الرائق ٨/٣١، مجمع الضمانات ٢/١٠٠، رد المحتار ٦/٦٥، درر الحكام للملا خسرو ٢/٢٣٥، درر الحكام لعلي حيدر ١/٧٠٤-٧٠٦ (المادة ٦٠٧).

(٢) انظر: المبسوط ١٥/١٠٣.

المشترك كان نوع استحسان عند أبي يوسف ومحمد بن الحسن؛ صيانة لأموال الناس؛ لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة في كثرة الأجرة، وقد يعجز عن القيام بها، فيقعد عنده طويلا، فيجب عليه الضمان إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى في حفظها(١).

وممن أخذ بهذا الضابط: أبو حنيفة، ومالك، والشافعي في قول، وأحمد في رواية، والإباضية، والزيدية، وروي ذلك عن عمر وعلي وشريح والحسن، رضي الله عنهم.

وقال الشافعي في القول الآخر: لا يضمن، ما لم يتعدَّ، ووافقه ابن حزم، وروي ذلك عن عطاء وطاوس وإبراهيم النخعي وزفر(٢).

واختلفت الروايات عند الإمامية في تضمين الأجير المشترك، ووفَّقوا بينها بتضمينه إن كان متهمًا غير مأمون، وبعدم تضمينه إن كان مأمونًا غير متهم(٣).

ومن الضوابط ذات العلاقة: «الأجير الخاص أمين»، أي لا يضمن المال الهالك في يده بغير صنعه، وكذلك لا يضمن المال الهالك بصنعه بلا تعد، فمثلا لا تضمن المستأجَرة للإرضاع ما سُرق من حليّ على الرضيع(٤)، ووجه علاقته أن الأجير الخاص هو النوع الثاني من الأُجَراء، فكان لا بد من الإشارة إليه هنا.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٣٨/٥.

(٢) انظر: المبسوط ٨٢/١٥، التاج والإكليل للمواق ٥٥٨/٧، شرح مختصر خليل للخرشي ٢٨/٧، بلغة السالك للصاوي ٤٧/٤، رمز الحقائق ١٥٦/٢، المغني ٣٠٥/٥، المحلى ٢٨/٧، شرح النيل ٢٦٩/١٠، البحر الزخار ٤٥/٥.

(٣) انظر: القواعد الفقهية لمحمد اللنكراني ١/٣٠-٣٢.

(٤) انظر: المبسوط ٨٠/١٥، درر الحكام للملا خسرو ٢٣٧/٢، درر الحكام لعلي حيدر٧١١/١ (المادة: ٦١٠).

أدلة الضابط :

أولاً : استند القائلون بهذا الضابط إلى آثار وردت عن الصحابة والتابعين، رضي الله عنهم، وبالقياس أيضًا، فمن ذلك:

١- ما روي عن عمر وعلي، رضي الله عنهما: أنهما كانا يضمِّنان الأجير المشترك ما ضاع على يده[1]، قال علي: «لا يصلح الناس إلا ذلك»[2].

٢- ما روي عن إبراهيم النخعي، رحمه الله،: أن الصحابة والتابعين، رضي الله عنهم، إذا دفعوا لرجل بضاعة كان يعجبهم أن يعطوا صاحبها أجرًا كي يضمنها، فيكون دليلا لمن يضمِّن الأجير المشترك؛ لأن آخذ البضاعة إذا أُعطي أجرًا فهو أجير على الحفظ، وهو أجير مشترك[3].

٣- يضاف إلى ذلك: أن تضمين الأجير المشترك فيه نوع استحسان عند الإمامين أبي يوسف ومحمد؛ صيانة لأموال الناس؛ لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير؛ طمعًا في كثرة الأجر، وقد يعجز عن القيام بها فتمكث عنده طويلا، فيجب عليه الضمان إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه؛ لئلا يتساهل في حفظها[4].

٤- ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، فما تولد منه يجب أن

---

(١) المبسوط ١٥/٨٠.

(٢) رواه ابن أبي شيبة ١١/٨٣ (٢١٤٥٠)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/١٢٢، وفي معرفة السنن ٤/٥٠٩ (٣٧٢٢)، وأما أثر عمر فرواه عنه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٣٦٠ (٢١٠٥٠).
وانظر: المغني ٥/٣٠٥.

(٣) انظر: المبسوط ١٥/٧٩.

(٤) المبسوط ١٥/٨١-٨٢، درر الحكام للملا خسرو ٢/٢٣٧.

يكون مضمونًا، كالعدوان بقطع عضو[١].

٥- ولأنه كما وجب أن يضمن لمصلحة العامة لم يسقط الضمان عنه بالبينة؛ حسمًا للذريعة؛ لأن ما طريقه المصالح وقطع الذرائع لا يخصص في موضع من المواضع، أصل ذلك شهادة الابن لأبيه، ولأن من ضمن بلا بينة ضمن، وإن قامت البينة أصله الغاصب، ولأن من قبض لمنفعة نفسه فضمن بلا بينة ضمن، وإن قامت البينة أصله القرض[٢].

تطبيقات الضابط :

١- الحائك (وهو الخياط) إذا نصب نفسه للعامة فهو أجير مشترك، بحيث إذا أفسد شيئًا من الثياب أثناء حياكته يضمن ما أفسده منها[٣]؛ لأن الأجير المشترك ضامن لما جنت يده.

٢- إذا تلف المتاع بانقطاع الحبل الذي يَشُدُّ به الحَمَّال الحِمل، فإنه يضمن؛ لأن التلف حصل من تركه التوثيق في شد الحبل[٤]، وهو أجير مشترك، والأجير المشترك ضامن لما جنت يده.

٣- إذا ساق الراعي الحيوانات بسرعة فسقطت في الماء، أو ضربها في أثناء سَوقه وهلكت يضمن[٥]؛ لأن الراعي أجير مشترك، والأجير المشترك ضامن لما جنت يده.

---

(١) المغني ٥/٣٠٥.
(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/٥٥٨.
(٣) انظر: المغني ٥/٣٠٥.
(٤) انظر: مجمع الأنهر ٢/٣٩٢.
(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٧١٤.

٤- إذا حرق الطاهي الطعام بطبخه لزمه الضمان[1]؛ إذا كان يطبخ لعامة الناس؛ لأنه حينئذ أجير مشترك، والأجير المشترك ضامن لما جنت يده.

٥- إذا سلَّم شخص أمتعته لسائق سفينة كي يوصلها إلى محل معيّن، ثم غرقت من تجديفه (مده ومعالجته) يضمن الأمتعة، سواء تجاوز المعتاد في التجديف أو لم يتجاوز؛ لأن التلف من صنعه، وهو أجير مشترك، والأجير المشترك ضامن لما جنت يده[2].

٦- ينسحب حكم الأجير المشترك على كثير من الشركات التي تقوم اليوم بشحن البضائع بشتى وسائل المواصلات - من طائرات، وباصات، وشاحنات، وغير ذلك - وقد خفف نظام التأمين كثيرًا من أعباء الضمان عنها.

٧- البريد وشركات نقل الخطابات تضمن ما تسببت فيه من أضرار لعملائها؛ لأنها في حكم الأجير المشترك.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٧١٤.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/٨٠- ٨١، درر الحكام لعلي حيدر ١/٧١٤، لكن إذا غرقت من ريح أو موج لا يضمن، لأن ذلك ليس بفعله.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٣

نص الضابط: يَدُ الأَجِيرِ الخَاصِّ يَدُ أَمَانَةٍ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا ضمان على الأجير الخاص فيما يتلف في يده إلا أن يتعدَّى[٢].

٢- الأجير الخاص لا يضمن إلا بالتعدي[٣].

٣- الأجير الخاص لا يضمن ما تلف في يده أو بعمله[٤].

٤- الأجير الخاص لا يكون ضامنًا فيما يتلف بعمل المأذون فيه[٥].

٥- لا ضمان على أجير الواحد إلا إذا خالف ما أُمر به[٦].

٦- الأجير الخاص لا يضمن جنايته إلا أن يتعدَّى أو يفرّط[٧].

---

(١) شرح المجلة العدلية للمحاسني ٤٨٨/١.

(٢) المقنع لابن قدامة ١٤١/١ وانظر: الجوهرة النيرة للعبادي ٢٦٥/١.

(٣) مجمع الضمانات لابن غانم البغدادي ص ٢٨.

(٤) رمز الحقائق للعيني ١٥٧/٢ وانظر: واقعات المفتين لنقيب زاده ١٢٣/١، تكملة البحر للطوري ٣٤/٨.

(٥) المبسوط ١٥/١٦.

(٦) انظر: المبسوط ٣١٩/٦.

(٧) انظر: الفروع لابن مفلح ٤٥٠/٤، الإنصاف للمرداوي ٧٠/٦- ٧١، التاج المذهب للعنسي ٢٥٦/٣.

صيغ ذات علاقة :

١- الأكرياء والأجراء فيما أسلم إليهم كالأمناء[١] . (ضابط أعم).

٢- الأجير المشتَرك ضامن لما جنت يده[٢]. (قسيم).

شرح الضابط :

المراد بالأجير الخاص هو الشخص الذي ضربت له مدة من الزمن محددة، سواء قلت المدة أم كثرت ليعمل فيها عملا من صناعة أو رعي أو غير ذلك في تلك المدة، حسب ما اتفق عليه المؤجر والمستأجر حتى لا يعمل لغيره دون إذنه؛ لأن منافعه في المدة صارت مستحقة للمؤجر؛ إذ الأجر مقابل للمنافع؛ ولهذا يبقى الأجر مستحقًا وإن نقص العمل[٣].

وسُمي (خاصًا) لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة[٤]، سواء كان المستأجر واحدًا أو جماعة[٥].

وصورة الأجير الخاص في حق الجماعة (الاثنين أو الثلاثة): أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيًا ليرعى غنمًا لهما أو لهم[٦]، أو يستأجر أهل قرية معلمًا خاصًا بهم بحيث يكون رب العمل جماعة في حكم شخص واحد، فيجوز ذلك كله[٧].

---

(١) التاج والإكليل للمواق ٥٥٣/٧.

(٢) المبسوط ٧٩/١٥، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٥١، وانظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٧٧/٣، المغني ٣٠٥/٥، القواعد لابن رجب ص ٢٢٠، التاج المذهب للعنسي ١٠٣/٣، شرح النيل لأطفيش ٢٤٩/١٠، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) انظر: مجمع الضمانات ص ٢٨، والتاج المذهب ١٣٩/٣.

(٤) انظر: المبدع لابن مفلح ١٠٨/٥.

(٥) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٢٨/٧.

(٦) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٧١/٦.

(٧) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٤٥٦/٢.

وبهذا يستحق الأجير الخاص الأجرة إذا كان في مدة الإجارة حاضراً للعمل، قد سلَّم نفسه لرب العمل، ولا يُشترط عمله بالفعل، وليس له أن يمتنع عن العمل، وإذا امتنع لا يستحق الأجرة(١).

فلا بد من تعيين المدة في الإجارة، والمنفعة لا تعتبر معلومة إلا بذلك(٢).

ومفاد الضابط:

أن الأجير الخاص لا يضمن الضرر الذي يلحق العين التي تُسلَّم إليه للعمل فيها بإذن مالكها، سواء كان الضرر حاصلا من عمله فيها، كانكسار آنية يصنعها أو يصلحها، أو كان من غير عمله، كالسرقة والغصب وغير ذلك؛ إذ الأصل في الأجراء الأمانة، ولا ضمان على مؤتمن إلا بالتعدي أو التفريط(٣).

والتعدي والتفريط في الإجارة يحتاجان إلى تحقيق المناط حتى ينضبطا، وهو ما لم يتفق عليه الفقهاء جملة، فقد يعدُّ الفعل أو الترك تعديًا وتفريطًا عند البعض، ولا يعد كذلك عند البعض الآخر، ولعل ذلك راجع إلى تحكيم العادة والعرف بين الفقهاء مع تباين الأعصار والأمصار؛ ولهذا قيد بعضهم عمل الأجير الخاص بأنه «عمل معتاد متعارف»(٤) ولكل بلد وزمن عادته وعرفه.

ولو شرط رب العمل على الأجير الخاص الضمان فهو شرط يناقض العقد، ويفسد الإجارة، فإن عمل فله أجرة مثله(٥).

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية ٩/١٢٩، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٢٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/١٨٠، الفروع ٤/٤٥٠، المحلى لابن حزم ٧/٢٨، التاج المذهب ٣/٢٥٦، الروضة البهية للجبعي ٤/٣٥٤.

(٢) انظر: رد المحتار ٦/٧٠، معين الحكام للطرابلسي ص ٢٠٠.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة ١/٢٦٥.

(٤) الجوهرة النيرة ١/٢٦٥.

(٥) انظر: الشرح الصغير ٤/٤٢.

وقد ذهب جمهور الفقهاء[1] إلى اعتبار الضابط، حتى حكى بعضهم الإجماع عليه[2]، ولعله إجماع مذهبي خاص بالحنفية دون غيرهم؛ إذ هم من صرح بذلك، وإلا فقد ذهب بعض الشافعية، و ابن أبي موسى من الحنابلة إلى أنه يضمن ما جنت يده[3].

وفي رواية عن أحمد: يضمن ما تلف بأمر خفي لا يُعلم إلا من جهته[4].

أدلة الضابط:

١- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن»[5]، ووجهه أن الأجير الخاص أمين، وما في يده يكون أمانة[6]؛ لأنه مؤتمن على العمل.

٢- الاعتبار بالتعامل، ومما يؤكده ما رُوي عن بعض السلف من عدم تضمين الأجير إلا إذا تعدى، فمن ذلك:

- ما رُوي عن محمد بن سيرين أنه كان لا يُضمِّن الأجير إلا من تضييع[7].

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٣٩، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٢٩٨، المبسوط ٦/٣١٩، تكملة البحر للطوري ٨/٣٤-٣٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥/٤٩٦، الحاوي الكبير للماوردي ٧/١٠٤٨، المبدع لابن مفلح ٥/١٠٨-١٠٩، التاج المذهب لأحكام المذهب ٤/٣٩٦، البحر الزخار ٩/٣٦٣، المحلى ٦/٣٧٦، شرح النيل ١٩/١٧٩، الروضة البهية ٣/١٦٥، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٢/٢٢٢.

(٢) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٢٢١، الهداية ٣/٢٣١، شرح الخرشي ٧/١١، الشرح الصغير ٤/١٦٠، المهذب ١/٣٩٦، كشاف القناع ٤/٢، المغني ٦/١٢٧.

(٣) انظر: المهذب ١/٤٠٨، المبدع لابن مفلح ٥/١٠٩.

(٤) انظر: المبدع لابن مفلح ٥/١٠٩.

(٥) رواه الدارقطني ٣/٤١ (١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٨٩.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١١، درر الحكام لعلي حيدر ١/٧٠٣، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١١٨.

(٧) المحلى ٦/٣٧٧.

- ما رُوي عن عطاء ومجاهد وطاوس أنهم قالوا: «لا ضمان على الأجير الراعي»[١].

٣- قاعدة: «الأصل براءة الذمة»[٢]، فالأصل براءة ذمة الأجير الخاص من ضمان ما يتلف تحت يده إذا لم يتعد.

٤- ولأن الأجير الخاص لم يوجد منه صنع يصلح سببًا لوجوب الضمان عليه؛ لأن العين المستأجر عليها أمانة في يده؛ لأنه قبضها بإذن رب المالك، فكانت يده في الحفظ كيد المالك، ومالك الشيء لا يضمنه[٣].

٥- ولأن المنافع تصير مملوكة للمستأجر؛ لكونه يعمل في حضوره، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح، ويصير نائبًا منابه، ويصير فعله منسوبًا إليه، كأنه فعله بنفسه؛ فلهذا لا يضمن[٤].

تطبيقات الضابط :

١- إذا استأجر رجل خياطًا مدة من الزمن للخياطة، فخاط له أثوابًا، فتلف منها ثوب بغير تعدٍّ منه، فإنه لا يضمن[٥] لأنه أجير خاص، والأجير الخاص لا يضمن التلف إلا بالتعدي أو التفريط.

٢- إذا استأجر خبازًا ليخبز له خبزًا في تنور بيته، فزاد الخباز في الوقود فاحترق الخبز فهو ضامن[٦]؛ لأنه تعدى في العمل بزيادته في

---

(١) انظر: المبسوط ٣١٩/٦، الحاوي الكبير للماوردي ١٠٤٥/٧.

(٢) انظر: أسنى المطالب ٢١٨/١٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢١١/٤، المبسوط ٢١٨/١٢.

(٤) انظر: العناية شرح الهداية ٧٠/٩، نصب الراية للزيلعي ٣٠٧/٥.

(٥) انظر: تحفة الفقهاء ٣٥٢/٢.

(٦) انظر: الحاوي الكبير للماوردي١٠٤٥/٧، أسنى المطالب٢١٨/١٢، المبدع لابن مفلح ١٠٩/٥.

الوقود، والأجير الخاص يضمن بالتعدي أو التفريط.

٣- لا يضمن حارس السوق الشيء الذي سُرق في دكاكين السوق أو في ساحته، على المفتى به عند الحنفية ما لم يفرط في الحراسة[١] إذا كان أجيرًا خاصًّا؛ لأن الأجير الخاص لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

٤- لا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده بأن سُرق منه أو غُصب، ولا ما تلف من عمله بأن انكسر القدُّوم في عمله، أو فسد الطبخ الذي طبخه، ما لم يتعدّ أو يفرط[٢].

٥- الحجام والختان والبيطار والطبيب إذا عرفت منهم الخبرة في عملهم، وكانوا أجراء خاصين ـ كما هو الحال الآن في المستشفيات ـ فلهم حكم الأجير الخاص في عدم الضمان للضرر الحاصل على من يعالجونه، ما لم يحصل سبب للضمان من تعد أو تفريط[٣].

٦- إذا ساق الراعي الخاص الغنم أو البقر فتناطحت فقتل بعضها بعضًا، أو وطئ بعضها بعضًا من سياقته، أو أكل منها سَبُع أو غرقت في نهر ولم يفرِّط في حفظها فلا ضمان عليه؛ لأنه مأذون له في السَّوق[٤].

٧- الأجير المشترك إذا أجر بعض الأجراء يعملون معه عملا من حدادة أو دباغة أو صياغة، أو غير ذلك في مدة محددة فهم تلاميذ له، فلا ضمان عليهم فيما دفعه إليهم؛ لأن التلميذ أجير خاص، وإنما يضمن الأستاذ[٥].

---

(١) انظر: رد المحتار ٧١/٦.
(٢) انظر: الجوهرة النيرة ٢٦٥/١.
(٣) انظر: الإنصاف ٧٤/٦.
(٤) انظر: المبسوط ١٤/١٢، تكملة البحر للطوري ٣٤/٨، الجوهرة النيرة للعبادي ٢٦٥/١.
(٥) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٣٨/٥، الإنصاف ٧٤/٦.

٨- إذا دفع زيد لعمرو القرويِّ دواب ليرعاها في محل الرعي، ويحفظها على المعتاد بأجرة معلومة في مدة معلومة كذلك، فهو أجير خاص، لا يضمنها إلا بالتعدي أو التفريط، كأن يرعاها مدة من الزمن، ثم يتركها ترعى وحدها من غير حافظ حتى يضيع بعضها، فإنه حينئذ يضمن قيمة ما ضاع لتفريطه وتقصيره[١].

٩- من دفع دوابه لآخر يرعاها له بنفسه بأجرة محددة وزمن محدد فهو أجير خاص، وليس للأجير الخاص أن ينيب عنه أحدًا فيما استؤجر له، فلو دفعها هذا الأجير لغيره فضاعت؛ فإنه يضمن لرب المال الضياع؛ لتعدِّيه عليه بدفع دوابه إلى غيره[٢]؛ لأن محل عدم ضمان الأجير الخاص مقيد بنفي التعدي أو التفريط.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: العقود الدرية في الفتاوى الحامدية ٢/١٣٩.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٦/١٨٠، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ١/٢٣٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٤

نص الضابط: الوَاجِبُ فِي الإِجَارَةِ الفَاسِدَةِ أُجْرَةُ المِثْلِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الحكم في الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل[٢].

٢- الإجارة الفاسدة يجب فيها أجر المثل[٣].

٣- الفاسد من الإجارة يجب فيه أجرة المثل[٤].

٤- حكم الإجارة الفاسدة وجوب أجر المثل[٥].

٥- متى حصل الفساد في الإجارة لجهالة الأجرة يجب أجر المثل[٦].

٦- متى فسد عقد الأجرة من أصله لزمت أجرة المثل[٧].

---

(١) الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٧٢، الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي ٢/١٣٠.

(٢) شرح السير الكبير للسرخسي ٢/٧١٥.

(٣) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٢٢٤.

(٤) تكملة البحر للطوري ٨/١٩.

(٥) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٢٢٢.

(٦) الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي ٢/١٢٠.

(٧) البحر الزخار لأحمد المرتضى ٥/٥٢.

صيغ ذات علاقة :

١- الإجارة الفاسدة معتبرة بالصحيحة[١]. (أعم).

٢- المنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد جميعًا كالأعيان[٢]. (أعم).

٣- إجارة المشاع يجب فيها أجر المثل[٣]. (أخص).

٤- المقبوض بحكم إجارة فاسدة في حكم الضمان كالمقبوض بحكم إجارة صحيحة[٤]. (تكامل).

٥- الإجارة الفاسدة بالتمكن من الاستيفاء لا توجب الأجر ما لم يجب الاستيفاء حقيقة[٥]. (قيد).

شرح الضابط :

هذا الضابط من أهم الضوابط الحاكمة لعقد الإجارة، وهو يتعلق بفساد الإجارة، وأثره في استحقاق الأجرة عن استيفاء المنفعة، ومفاده: أن عقد الإجارة إذا فسد لأي مفسد من مفسدات العقد فإن الواجب على المستأجِر أن يدفع أجر المِثْل للأجير أو مالك العين المأجورة، وحينئذ يُلغى ما اتفقا عليه من الأجر المسمى[٦].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٦٧/٢٢.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٥/٢.

(٣) تكملة البحر للطوري ٢٨/٨.

(٤) المبسوط للسرخسي ٤٦/١٦، وانظر قاعدة: «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه» في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المبسوط للسرخسي ٤٦/١٦.

(٦) وذكر بعض الحنفية: أن الواجب في الإجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الأقل من المسمى ومن أجر المثل إذا كان الأجر مسمًّى. بدائع الصنائع ١٩٥/٤.

والمراد بـ أجر المِثْل: هو الأجرة التي يقدِّرها أهل الخبرة السالمين عن الغرض[١]، وكيفية ذلك: أن يتنخب اثنان مثلا من أهل الخبرة الخالين عن الغرض، فيقدران الأجرة التي يستحقها مثيل ذلك المال، أو ذلك الرجل في عمله مع المدة التي استؤجر فيها[٢].

والإجارة قد ترِدُ على الأعيان، وقد ترِد على العمل، فإذا كانت واردة على الأعيان ينبغي أن يُنظر في تقدير أجر المثل إلى شيئين:

١ - المنفعة المعادِلة لمنفعة المأجور.

٢ - زمان الإجارة ومكانها.

وإذا كانت الإجارة واردة على العمل ينبغي أن ينظر إلى شيئين:

١- شخص مماثل للأجير في ذلك العمل.

٢- زمان الإجارة ومكانها؛ لأن الأجرة تختلف باختلاف الأعمال والأزمنة والأماكن[٣].

وفي إجارة الأجير الفاسدة يستحق الأجير عند إتمامه العمل الأجرة المعروفة بين أهل ذلك العمل.

فإذا اختلفوا وقدروا تقديرًا متفاوتًا يؤخذ وسط ما قدروه، كما لو قدر بعضهم أجر المثل اثني عشر ريالا، وبعضهم قدره عشرة، وبعضهم أحد عشر، فحق الأجير حينئذ أحد عشر، بقسمة ثلاثة وثلاثين، وهو مجموع التقديرات، على ثلاثة، وهو عدد المـقَدِّرين[٤].

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٣٦ والمراد بالسالمين عن الغرض: أي ليس لهم مصلحة ونفع شخصي في تقديرهم للأجر.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٣٦.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٣٦.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٣٦.

ويذكر الفقهاء أجر المثل في مقابلة الأجر المسمى، وهو الأجرة التي ذُكرت وتعينت حين العقد[١]، وهو اللازم في الإجارة الصحيحة.

والإجارة إما أن تكون صحيحة أو باطلة، وزاد الحنفية قسمًا ثالثًا، وهو الإجارة الفاسدة؛ بناء على أصلهم في التفرقة بين الباطل والفاسد، واعتبارهما متباينين لا مترادفين، عكس ما يرى جمهور العلماء[٢]، فإذا كانت الإجارة صحيحة ترتب عليها حكمها الأصلي، وهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجِر، وثبوت الأجرة المسماة للمؤجر، وهناك أحكام تبعية، وهي التزام المؤجر بتسليم العين للمستأجر، وتمكينه من الانتفاع بها، والتزام المستأجر بالمحافظة عليها[٣].

والإجارة الباطلة: هي التي ليست صحيحة أصلا ولا مشروعة، وتبطل الإجارة إذا فُقد منها شرط مما يعود على ركن العقد[٤]، و الإجارة الفاسدة: هي الصحيحة أصلا لا وصفًا، وهو: ما عرض فيه شيء من جهالة، أو اشترط فيه شرط لا يقتضيه العقد، وتكون الإجارة فاسدة إذا فُقد شرط من شروط صحتها[٥].

وهذا الضابط معمول به لدى الفقهاء، مرعي عندهم فيما أوردوه من تطبيقات[٦]، مع وجود الاختلاف القائم بين الجمهور والحنفية في التفرقة بين الباطل والفاسد، وأثر ذلك في الحكم.

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٣٩/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢١٨/٤، حاشية ابن عابدين ٣٩/٥، الشرح الصغير للدردير ١٩/٤، ٢٣، ٣١، ٤٣، نهاية المحتاج للرملي ٢٦٤/٥، المغني ٣٣١/٥.

(٣) انظر: البدائع ٢٠١/٤.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٩/٣، بدائع الصنائع ٤٧٦/٩.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٩/٣.

(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٣٦/٢، ٥٩/٣، ٦٨/٣، البدائع ٢١٨/٤، مواهب الجليل للحطاب ١٦٤/١٣، ٤٣٣/١٤، ٦٩/١٦، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣٦٦/١٤، شرح البهجة الوردية للأنصاري١٧٤/١٢، ٢٤١/١٩، المغني لابن قدامة١٢٠/٥، ١٨٨/٥، ٧/٦، ٩٦/٦، المحلى لابن حزم ٣٥٢/٦، التاج المذهب للعنسي ٤٠٧/١، ٣٤١/٤، شرح النيل لأطفيش ٤٠٨/١٨، شرائع الإسلام للحلي ١٢٠/٥.

أدلة الضابط :

١- أن الإجارة عقد معاوضة، وهذا العقد تمليك المنفعة بعوض، ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين، وذلك في وجوب أجر المثل؛ لأنه المثل الممكن في الباب؛ إذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة، إلا أن فيه ضرب جهالة، وجهالة المعقود عليه تمنع صحة العقد، فلا بد من تسمية البدل تصحيحًا للعقد، فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع أيضًا، فإذا لم يصح العقد لفوات شرط من شرائطه وجب المصير إلى البدل الأصلي للمنافع وهو أجر المثل؛ ولهذا إذا لم يسم البدل أصلا في العقد وجب أجر المثل بالغًا ما بلغ(١).

٢- أن الموجب الأصلي في عقود المعاوضات هو القيمة؛ لأن مبناها على المعادلة، والقيمة هي العدل إلا أنها مجهولة؛ لأنها تعرف بالحزر والظن، وتختلف باختلاف المقوِّمين، فيعدل منها إلى المسمى عند صحة التسمية، فإذا فسدت وجب المصير إلى الموجب الأصلي، وهو أجر المثل(٢).

٣- أن الإجارة بيع المنافع، فتعتبر ببيع الأعيان، وفي بيع الأعيان إذا فسد البيع تعتبر القيمة بالغة ما بلغت، فكذا بيع المنافع(٣).

تطبيقات الضابط :

١- إذا أُجِّر البيت على ألا يسكنه المستأجر، فهي إجارة فاسدة؛ لأن

---

(١) بدائع الصنائع ١٤/١٦.

(٢) بدائع الصنائع ٩/٤٧٤.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٢١، ١٢٢، الهداية للمرغيناني ٨/٣٥، وانظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٨٤.

ذلك الشرط ينافي مقتضى العقد، وهو انتفاع المستأجر بالسكن في البيت، وإذا فسدت الإجارة هنا صار ما ينتفع به المستأجر من البيت يجب فيه للمالك أجر المثل[1]؛ جريًا على الضابط.

٢- إذا استأجر شخص دكانًا على أن تكون الأجرة كأجرة الدكاكين التي استأجرها أصحابها، ولم تكن تلك الأجرة معلومة، فإن الإجارة تفسد ويلزم أجر المثل للمدة التي استلم فيها المكتري الحوانيت بموجب هذا العقد الفاسد[2].

٣- إذا استأجر رجلا ليعلم ولده حِرفة من الحِرَف، ولم يبين المدة، فإن العقد ينعقد فاسدًا، فإذا علمه استحق أجر المثل[3].

٤- لو استأجر شخص مرضعة على أن ترضع ابنه إلى أن يمشي، فالإجارة فاسدة للجهالة في المدة التي يمشي فيها الرضيع، وحينئذ يلزم أجر المثل في المدة التي أرضعت فيها الصبي[4].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٦٣.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٤٤.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٤٨.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٤٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٥

نص الضابط: الأَجْرُ وَالضَّمانُ لا يَجْتَمِعَانِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأجرة والضمان لا يجتمعان[٢].

٢- الأجر مع الضمان لا يجتمعان[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- المتنافيان لا يجتمعان[٤]. (أعم).

٢- الأصل أن المنافع غير مضمونة بالإتلاف[٥]. (أصل).

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٩٠، رد المحتار لابن عابدين ٦/٦١، درر الحكام للملا خسرو ١/٨٩.

(٢) الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٦٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٧٦.

(٤) المبسوط ٦/٢٥، البحر الرائق لابن نجيم ٣/٣٠٥.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٨٦- ٢٨٧.

شرح الضابط:

(الأجر): الجزاء على العمل[١]، أي بدل المنفعة[٢].

و(الضمان): هو إعطاء مثل الشيء إذا كان من المثليات، وقيمته إذا كان من القيميات[٣]، وهو هنا: الالتزام بقيمة العين المنتفع بها، سواء هلكت أو لم تهلك[٤]، قال الشيخ مصطفى الزرقا: «ليس المراد بالضمان في هذه القاعدة الضمان المتحقق الواقع فعلا، أي بأن تهلك العين فيلتزم الشخص بقيمتها، بل المراد به في النظر الحنفي: كون الشخص عرضة لضمان العين، وذلك بأن يكون بحالة يعتبر فيها هو المسؤول بقيمة العين إن هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلا أم لم يقع، أي أن يكون في حالة تَحمُّل التبعة»[٥].

ومفاد الضابط: أنه لا تجب الأجرة على استيفاء منفعة العين المستأجرة في حال التزام ضمان قيمة تلك العين، فيما لو هلكت في يد من استأجرها، سواء أوقع الهلاك فعلا أم لا[٦]، بمعنى أن الإنسان ـ مثلا ـ إذا استأجر دابة وهلكت بلا تعد، لا يضمن سوى الأجرة وإذا غصب دابة فهلكت، فإنه يضمن قيمتها وليس عليه أجرة استعمالها قبل هلاكها، مثال ذلك: إذا استُكريَ حيوان للركوب لا يجوز تحميله، فإذا حمل وتلف، يضمن المستأجر قيمة الحيوان، ومن ثم لا يجوز تكليفه بتأدية الأجر المسمى كذلك إذا استعمل المستأجر الحيوان المأجور مدة تزيد عن مدة الإجارة، فبما أنه يكون حينئذ حكمه حكم

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٤/١٠.

(٢) الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/٢٦١- ٢٦٢.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٩.

(٤) انظر: المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٢/١٠٣٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/٢٦١-٢٦٢.

(٥) المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٢/١٠٣٩.

(٦) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٩، المدخل الفقهي العام للشيخ مصطفى الزرقا ٢/١٠٣٨.

الغاصب، ويكون ذلك الحيوان في ضمانه، فلا تلزمه أجرة عن المدة الزائدة[١]؛ لأنها حالة واحدة، فلو أوجبنا الأجر عند السلامة وأوجبنا الضمان عند الهلاك في سفره لاجتمعا في حالة واحدة، وهي حالة السفر[٢]، فلم يصح اجتماع الأجر والضمان

والضابط خاص بالحنفية، الذين لا يرون ضمان الغاصب منافع المغصوب، خلافًا للجمهور، لكن الضابط مشروط عندهم، بعدم استقرار الأجر في ذمة الضامن قبل صيرورته في حالة ضمان العين، كما لو استوفى منفعة الدابة - مثلا - فعلا، ثم تجاوز فصار غاصبًا، وضمن، يلزمه أجر ما سمى عندهم، إذا سلمت الدابة ولم تهلك، أما إذا هلكت بعد التعدي قبل الرد إلى المالك، فإنه يضمنها ولا أجر عليه عندئذ على كل حال؛ لاندماج ضمان المنافع في ضمان الأصل والجمهور يوجبون الأجر كلما كان للمغصوب أجر؛ لأن المنافع متقومة كالأعيان، فإذا تلفت أو أتلفها فقد أتلف متقومًا، فوجب ضمانه كالأعيان، وإذا ذهب بعض أجزاء المغصوب في مدة الغصب، وجب مع الأجرة أرش نقصه؛ لانفراد كل بإيجاب[٣]، قال في درر الحكام مبينًا هذا الشرط المتقدم عند الحنفية: «ويشترط في عدم اجتماع الأجرة والضمان، اتحاد السبب والمحلِّ فيهما، وإلا فالاثنان قد يلزمان في وقت معًا، ومثال لزومهما معًا: لو أجَّر شخص حيوانًا من آخر ليركبه وحده إلى محل معين، فركب الرجل وأردف خلفه شخصًا آخر، ولو صغيرا بحيث يستطيع الوقوف بنفسه، فتلف الحيوان بعد الوصول إلى المحل المقصود، ينظر: فإذا كان الحيوان قادرًا على حمل الاثنين يلزم الأجر المسمى مع ضمان نصف قيمة ذلك الحيوان، فيلزم الأجر على المستأجر؛ لأنه قد استوفى المنفعة المرادة من استئجار ذلك الحيوان

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٩.

(٢)حاشية ابن عابدين ٦/٧٣.

(٣) انظر: المدخل الفقهي العام ٢/١٠٤٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٨/٢٦١- ٢٦٢.

بوصوله للمكان المقصود، ويلزم ضمان نصف قيمة الحيوان؛ لأنه يكون قد تعدى بإردافه شخصًا خلفه، والحاصل أنه لما كان سبب لزوم الأجر وسبب الضمان مختلفين يلزمان في وقت معًا، ولا يقال بأن الضمان قد اجتمع والأجر، فلكلٍّ سبب غير سبب الآخر(١).

مثال آخر لاجتماع الأجر والضمان لعدم اتحاد السبب والمحل معًا: من استأجر دابة إلى مكان، فجاوز بها المكان، ثم عطبت بعد، ضمن قيمتها؛ لأنه لما انتهى إلى ذلك المكان فقد انتهى العقد، وتقرر الأجر دَينًا في ذمته، ثم بالمجاوزة صار غاصبًا ضامنًا، فلا يسقط عنه الأجر بذلك، بمنزلة ما لو ردها على صاحبها ثم غصبها منه؛ وهذا لأن الملك بالضمان إنما يثبت له من وقت وجوب الضمان عليه، وذلك بعد المجاوزة، والأجر إنما لزمه بمقابلة منافع استوفاها قبل ذلك(٢).

وبهذا يكون الخلاف الدائر بين الحنفية والجمهور راجعًا إلى الخلاف في المنافع نفسها: هل هي من قبيل الأموال أو لا؟ فمن قال: إنها ليست أموالا ـ وهم الحنفية ـ ذهب إلى عدم ضمانها بالإتلاف، ومن قال بأنها أموال متقومة ـ وهم الجمهور ـ ذهب إلى ضمانها به.

هذا، وقد ذهب المعاصرون من الحنفية إلى القول إلى ما ذهب إليه الجمهور من إلحاق المنافع بالأعيان في المالية والتقوم الذاتي، وفي ذلك يقول الشيخ مصطفى الزرقا: «من الواضح أن نظرية الاجتهاد الشافعي والحنبلي في إلحاق المنافع بالأعيان والتقوم الذاتي في المالية، هي أحكم وأمتن، وأجرى مع حكمة التشريع ومصلحة التطبيق وصيانة الحقوق من نظرية فقهائنا في الاجتهاد

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٨٩.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٠/ ١٦٠.

الحنفي، على أن المتأخرين من فقهاء الحنفية لحظوا سيئات النتائج وإضاعة الحق التي تؤدي إليها نظرية عدم ضمان منافع المغصوب»[(١)].

أدلة الضابط :

١- لأن الأجر يستلزم عدم التعدي، والضمان يستلزمه، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات[(٢)].

٢- ولأنه بالضمان ملك المضمون، ولا يوجب عليه الأجر بسبب الانتفاع بملك نفسه[(٣)].

٣- ولأن الضمان إنما يكون بالتعدي، والتعدي على مال الغير غصب له، أو كالغصب، ومنافع المغصوب غير مضمونة؛ لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم ـ أي النافع ـ بعقد الإجارة على خلاف القياس؛ لمكان الحاجة الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنًا، بل يرتفع؛ إذ لا يمكن اعتباره مستأجرًا أمينًا وغاصبًا ضمينًا في آن واحد؛ لتنافي الحالتين[(٤)].

تطبيقات الضابط :

١- من استأجر دابة ثم جحد الإجارة في بعض الطريق، وجب عليه أجر ما ركب قبل الإنكار، ولا يجب لما بعده عند أبي يوسف؛ لأنه

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة ص ٢١٨.

(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/ ٩٠.

(٣) العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/ ٩٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٢١٣ وغيرهما، القواعد والضوابط الفقهية في الضمان المالي للدكتور حمد الهاجري ٢/ ٦٦٧.

بالجحود صار غاصبًا ضامنًا، والأجر والضمان لا يجتمعان، أي أجر ما بعد الجحود مع ضمان الدابة لو هلكت بعد الجحود[(١)].

٢- لو تكارى بيتًا ولم يسم ما يعمل فيه فهو جائز؛ لأن المعقود عليه معلوم بالعُرف، وهو السكنى في البيت، وذلك لا يتفاوت، فلا حاجة إلى تسمية، وليس له أن يعمل فيه القصارة ونظائرها؛ لأن ذلك يضر بالبناء، وهو لا يستحقه بمطلق العقد، فإن عملها، فانهدم البيت، فهو ضامن لما انهدم من عمله؛ لأنه متلف متعدٍّ، ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان؛ فإنه يتملك المضمون بالضمان مستندًا إلى وقت وجوب الضمان، فلا يجب عليه الأجر فيما استوفى من منفعة ملك نفسه[(٢)].

٣- لو استأجر شخص قُبَّة[(٣)] شهرًا لينصبها في بيته، ويبيت فيها خوفًا من البعُوض ونحوه، فالإجارة جائزة؛ لأن القبة من المساكن، لكنه إن نصبها في الشمس أو المطر وكان عليها في ذلك ضرر، فهو ضامن لما أصابها من ذلك؛ لأنه مخالف ومتعدٍّ؛ لأن الشمس تحرقها، والمطر يفسدها، وإنما رضي صاحبها بنصبها في البيت ليأمن من ذلك، وإذا وجب عليه الضمان، بطل الأجر؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان[(٤)].

٤- لو استأجر شخص رحى ماء على أن يطحن فيها الحنطة، ولا يطحن غيرها، فطحن فيها شعيرًا، أو شيئًا من الحبوب سوى الحنطة، فإن

---

(١) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦/ ٦١.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/ ١٤٧.

(٣) القبة من الخِيام: بيتٌ صغير مستدير وهو من بيوت العرب لسان العرب ١/ ٦٥٧.

(٤) انظر: المبسوط ١٥/ ١٦٨.

كان ذلك لا يضر بالرحى، فلا ضمان عليه، وإن كان أضر عليها من الحنطة، ضمن ما نقصها؛ لأن الخلاف إلى ما هو أضرُّ عدوان منه، فيلزمه ضمان النقصان، ولا أجر عليه في ذلك الوقت؛ لأنه غاصب ضامن من النقصان، ولا يجتمع الأجر والضمان(١).

٥- من استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رَطْبَة(٢)، ضمِن ما نقصها؛ لأن الرِّطاب أضرُّ بالأرض من الحنطة؛ لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافًا إلى شر فيضمن ما نقصها، ولا أجر له؛ لأنه غاصب للأرض، فسقط الأجر؛ لأن الأجر والضمان لا يجتمعان؛ إذ الأجر يستلزم عدم التعدي، والضمان يستلزمه، وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات(٣).

٦- لو استأجر إنسان الدابة على أن يركبها هو، فأركبها غيره في مدة الإجارة، فتلفت، لزمه الضمان هو ومن تلفت في يده، ولما كان مقتضى الضابط ألا يجتمع أجر وضمان، لم تلزم الأجرة، فإذا ضمن المستأجر فله أن يرجع على من تلفت الدابة في يده، الذي هو مؤجر ثانٍ(٤).

٧- إذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير، فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة، فعطبت يضمن قيمتها؛ لأن الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه، فلم يكن مأذونًا فيه أصلا؛ فصار غاصبًا كل الدابة، متعديًا عليها، فيضمن كل قيمتها، ولا أجر عليه؛ لأن الأجر مع

(١) انظر: المبسوط ١٦/١٧.

(٢) الرَّطْبة: رَوْضَة الفِصْفِصَة ما دامَتْ خَضْراءَ، وقيل هي الفِصْفِصَةُ نَفْسُها وجمعُها رِطابٌ لسان العرب ٤١٩/١.

(٣) انظر: الهداية مع العناية ٩/ ٩٠- ٩١.

(٤) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٤٦٣ .

الضمان لا يجتمعان؛ لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصبًا، ولا أجرة على الغاصب؛ ولأن المضمونات تملك، وذا يمنع وجوب الأجرة عليه[١].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢١٣.

ضوابط باب الجعالة

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٦

نص الضابط: كُلُّ مَا جَازَ فِيهِ عَقْدُ الإِجَارَةِ جَازَ فِيهِ الجَعَالَةُ، بِلا عَكْسٍ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- الجعل يصح في كل ما جاز فيه عقد الإجارة بلا عكس[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- الجعالة كالإجارة[٣]. (أعم).

٢- يغتفر في الجعالة ما لا يغتفر في الإجارة[٤]. (معللة).

٣- كل ما جاز بيعه جاز الاستئجار به وأن يجعل جُعْلا، وما لا فلا[٥]. (أعم).

---

(١) الشرح الكبير لأحمد الدردير مع حاشية الدسوقي لابن عرفة ٤/١٦٣.

(٢) حاشية الدسوقي ٤/١٦٣.

(٣) المنثور للزركشي ٢/١٠.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/١١.

(٥) التاج والإكليل للمواق ٧/٥٩٥.

٤- ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه عليه في الجعالة، وما لا يجوز أخذ الأجرة عليه في الإجارة لا يجوز أخذ الجُعْل عليه[١]. (بيان).

شرح الضابط :

(الجعالة) في اللغة بمعنى: الأجرة، تقول: جعلت له جُعْلا وجعالة[٢]، و(الجُعْل) بضم الجيم، أو (الجعالة): بكسر الجيم، وفتحها وضمها اصطلاحًا: ما يجعل للعامل على عمله، وهي أعم من الأجرة، وجمعها أجعال، فهي إذن التزام عوض معلوم على عمل معيَّن بقطع النظر عن فاعله، كقوله: من رد علي حصاني فله كذا[٣]، أو هي بذل مال في مقابلة عمل مقصود مجهول[٤]، أو هي المال الذي يُعيِّنه الواعد في الجعالة لمن ينجز له عملا مخصوصًا، وبناء على إنجاز هذا العمل وفق الشروط التي اشترطها العاقد يستحق العامل المال الموعود به[٥].

فهي - إذن - نوع إجارة؛ لوقوع العوض في مقابلة منفعة، وإنما تفارق الإجارة في أمور منها: أن الجعالة تجري في منفعة مظنون حصولها، ومنها: أن السامع بالجعل لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل، ما لم يكمله الجاعل بنفسه أو بأجير فيستحق السامع من الأجر بقدر ما باشر من عمل، ومنها: أن الجعالة غير لازمة[٦]، فالإجارة والجعالة هما العقدان اللذان يجريان في بيع المنافع، إلا أن

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٢٢.
(٢) المصباح المنير للفيومي ص ١٠٢.
(٣) انظر: لسان العرب ٣/١٥٩ مادة (جعل)، وإكمال الأعلام بتثليث الكلام لمحمد بن عبد الله بن عبدالله بن مالك الطائي الجياني ١/١٠، معجم لغة الفقهاء ١/١٦٤.
(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٢/٨٢.
(٥) انظر: الجعالة وأحكامها ص ٨٩.
(٦) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٧/٧١.

الأصل في ذلك هو الإجارة والجُعل رخصة لجريانه في العقد على المنافع المجهولة(١).

وهذا الضابط من أهم الضوابط الناظمة لعقد الجعالة، وهو بيان للأشياء التي يصح جريان الجعالة عليها، وهو يقرر معنيين: **أحدهما**: أن كل منفعة يصلح أن تكون محلاً لعقد الإجارة، وتقبل حكمها شرعًا، فإنها تصلح أن تكون محلًا لعقد الجعالة، **والآخر**: أنه لا يلزم من كون المنفعة لا تصلح أن تكون محلًا لعقد الإجارة عدم صلاحيتها أن تكون محلًا لعقد الجعالة؛ فقد تجري الجعالة فيما لا تصح الإجارة فيه.

ولقد صرح فقهاء المذهب المالكي بهذا الضابط، وتناولوه بصيغ متعددة مما يدل على أهميته في ضبط جزئيات الجعالة فيما يتعلق بموضوعه(٢)، ومقتضاه حاضر لدى بقية الفقهاء ضمن ما هو مقرر لديهم: أنه يغتفر في الجعالة ما لا يغتفر في الإجارة، وما تخرَّج عن ذلك من صحة الجعالة على المجهول كرد اللقطة(٣)، مع الاختلاف في بعض الأمور(٤)، خلا ما ذكره ابن حزم

---

(١) انظر: بلغة السالك للصاوي ٤/٧٦.

(٢) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤/٧٥، الذخيرة للقرافي ٦/١١.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥/٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٣٩، المجموع للنووي ٧/١٢٣، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/١٣١، المغني ٥/٣١٤، الإنصاف للمرادوي ٤/٣١٢، البحر الزخار لابن المرتضى الزيدي ٥/٦٢، ٦٣، التاج المذهب للعنسي ٣/٩٧، الروضة البهية للعاملي ٤/٤٣٦، ٤٣٩، شرائع الإسلام للحلي ٣/١٢٦، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٤١.

(٤) تجدر الإشارة إلى: أن الحنفية يرون أن الجعالة لها حكم الإجارة الفاسدة. انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/٥٠٢، وأن الشافعية والحنابلة يرون أن ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة من الأعمال جاز أخذه عليه في الجعالة، وما لا يجوز أخذ الأجرة عليه في الإجارة لا يجوز أخذ الجعل عليه. انظر: المنثور للزركشي ٢/١٠، المغني ٦/٢٢.

الظاهري: أنه لا يجوز الحكم بالجعل على أحد، معتبراً أن الإجارة بشرطها هي العقد الواقع على المنافع[١].

واختلف الفقهاء في الإجارة والجعالة: أيهما أعم؟ فقيل: إن الجعالة أعم باعتبار المتعلق[٢]، وقيل: إن الإجارة أعم باعتبار المتعلق؛ وعلى هذا يكون بينهما عموم وخصوص مطلق، وقيل: إن بينهما عموم وخصوص وجهي على التحقيق، فيجريان في أشياء كما هو واضح من تطبيقات الضابط، ولا يجريان في أشياء، كالمنافع التي لا تقبل حكم العقد شرعًا، كالعقد على عصر العنب خمرًا، أو صنع آلات اللهو المحرمة، وقد يجري أحدهما فيما لا يصح جريان الآخر فيه[٣]، نحو: خياطة الثوب، والخدمة لمدة معلومة، وسكنى البيوت، واستخدام الدواب، فهذا مما تجري فيه الإجارة دون الجعالة[٤]، ونحو: الإتيان بالبعير الشارد، فهذا عمل مجهول تجري فيه الجعالة دون الإجارة[٥]، فليس كل ما تجوز الإجارة عليه يجوز الجعل فيه[٦].

أدلة الضابط:

١- الظاهر من الصيغة المختارة للضابط: أن الإجارة أعم، والجعل أخص منها، فكل موضع جازت فيه الإجارة قد تجوز فيه الجعالة لاعتبارها

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٣٣/٧ .

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٧٥/٤ باب الإجارة، وهو بتصرف في باب الجعالة من الشرح الصغير على أقرب المسالك للدردير ٨٤/٤ مطبوع مع حاشية الصاوي.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ١٦٣/٤، منح الجليل لعليش ٦٤/٨، ٦٥، بلغة السالك للصاوي ٨٤/٤، حاشية العدوي ١٩٤/٢، الفواكه الدواني للنفراوي ١١١/٢.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير ٨٤/٤، شرح الخرشي على مختصر خليل ٦٣/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦٣/٤.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي ٦٣/٤.

(٦) الذخيرة للقرافي ١١/٦.

نوع إجارة، ولا جوازها في كل ما تجوز فيه الإجارة؛ إذ لا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص، فلا يلزم من وجود الحيوانية - مثلا - وجود الناطقية[١].

٢- أن التصرفات المتشابهة، وإن اتفقت في بعض الوجوه، لا يلزم اتفاقها في كلها؛ لأن أحكام التصرفات تختلف لاختلاف مصالحها، فقد يشترط في بعض الأبواب ما يكون مبطلا في غيره، وقد تتطلب بعض التصرفات استقصاء الأوصاف ولا تتطلبه التصرفات المتشابة لها؛ نظرًا إلى مصلحة البابين، فكذلك هنا؛ فإن الجعالة وإن كانت تشبه الإجارة فتصح فيما تصح فيه الإجارة، فلا يلزم من ذلك بطلانها في كل ما لا تصح فيه الإجارة[٢].

تطبيقات الضابط :

١- يجوز أخذ الجعل على حفر بئر بأرض موات، كما يجوز أخذ الأجرة عليه[٣]؛ جريًا على الشق الأول من الضابط، وهو أن كل ما جاز فيه عقد الإجارة جاز فيه الجعالة.

٢- يجوز أخذ الجعل على بيع ثوب أو شرائه، كما يجوز أخذ الأجرة عليه[٤]؛ جريًا على المعنى الأول للضابط.

٣- يجوز أخذ الجعل على حمل شيء لمكان أو حمله بسفينة وسيارة ونحوها، كما يجوز أخذ الأجرة على ذلك[٥]؛ لأن كل موضع جازت

---

(١) انظر: شرح الخرشي ٧/٦٣.
(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٢/١٤٣.
(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤/٨٤.
(٤) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/٦٣.
(٥) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤/٨٤، وشرح الخرشي على مختصر خليل ٧/٦٣.

فيه الإجارة جاز فيه الجعل.

٤- يجوز أخذ الجعل على تحصيل الدَّين، كما يجوز أخذ الأجرة عليه[(١)]؛ جريًا على ما قرره الضابط بشقه الأول.

٥- تجري الجعالة دون الإجارة في عقد التطبيب المشترط فيه البرء[(٢)]؛ لأنه لا يلزم من عدم جواز الإجارة فيه؛ لجهالة المحل عدم جواز الجعالة فيه[(٣)]، وهذا جارٍ على الشق الثاني للضابط.

٦- يصح عقد الجعالة في رد اللقطة والبعير الشارد، وإن كانت الإجارة لا تجوز في ذلك[(٤)]؛ إذ لا يلزم من عدم جواز الإجارة في شيء عدم جواز الجعالة فيه.

٧- إن ظهر عرق ذهب، أو أي معدن في مكان، فقال شخص لآخر: إن استخرجت لي هذا المعدن فلك مائة ألف؛ صحَّ العقد على أنه جعالة، وإن كان لا يصح على أنه إجارة[(٥)]؛ لأنه ليس كل ما لم تجز فيه الإجارة لم تجز فيه الجعالة.

أ.د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/٦٣.

(٢) وقيل: إن مشارطة الطبيب على البرء من باب الإجارة لا الجعالة شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠/٥٢.

(٣) انظر: المغني ٥/٣١٤.

(٤) انظر: المغني ٥/٣١٤.

(٥) انظر: المغني ٥/٣٣٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٧

نص الضابط: جَهَالَةُ العِوَضِ فِي الجَعَالَةِ تُحْتَمَلُ لِلْحَاجَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- يجوز أن يكون الجُعل مجهولا للحاجة[٢].

٢- يجوز أن يكون الجعل مجهولا غير مملوك للحاجة[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- الجهالة تحتمل في الجعالة لمسيس الحاجة[٤]. (أعم).

٢- ما أمكن نفي الجعالة عنه مَنعتْ الجهالة من صحته[٥]. (أصل).

٣- الجعالة جائزة، يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها[٦]. (تعليل).

٤- يغتفر في الجعالة ما لا يغتفر في الإجارة[٧]. (تعليل).

---

(١) روضة الطالبين ٦/٣٦٩، ١٠/٢٨٥، مغني المحتاج ٤/٢٤٠.

(٢) النجم الوهاج للدميري ٦/٩٥، كشاف القناع ٣/٦٠، نهاية المحتاج ٥/٤٧٢، تحفة المحتاج ٦/٣٧٠.

(٣) نهاية المحتاج ٨/٨٣، مغني المحتاج ٤/٢٤٠، روضة الطالبين ١٠/٢٨٥، النجم الوهاج ٩/٣٧٧.

(٤) نهاية المطلب للجويني ١٧/٣٨٠.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ١٨/٢٣٢.

(٦) مغني المحتاج ٤/٢٤١.

(٧) كشاف القناع ٤/١٠.

شرح الضابط :

المعنى الإجمالي للضابط : أن الجعالة التي من أصلها عدم جواز الجهالة في العوض؛ لأنها ملحقة بالإجارة، والإجارة في معنى البيع، ومن شروط البيع العلم بالثمن والمثمن؛ فكان العلم بالعوض في الجعالة شرطًا لا تصح بدونه، وهذا لا خلاف فيه بين الفقهاء المجيزين لعقد الجعالة، وهم الشافعية والمالكية والحنابلة[(١)]، فاشتراط معلومية العِوَض (الجُعل) لصحة الجعالة، كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة، حكم أصلي في المسألة؛ إذ الجعالة كما حدَّها ابن عرفة: «عقد معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه، لا بعضُه ببعضه»[(٢)]، ولأن جهالة العِوَض تفوِّت مقصود العقد؛ إذ لا يكاد أحد يرغب في العمل مع جهله بالجُعل، ثم إنه لا حاجة تدعو إلى احتمال جهالة البدل فيه، بخلاف العمل والعامل[(٣)]، قال إمام الحرمين: «لا خلاف أنَّ عقد الجعالة بين المسلمين لا يصح إلا على جُعل معلوم مقدور على تسليمه، فكل ما يصح ثمنًا وأجرة وصَدَاقًا، فهو الذي يصح أن يكون جعلا، فلو كان مجهولا، أو غير مقدور على تسليمه، أو غير مملوك للجاعل، لم يصح»[(٤)].

غير أنَّ هؤلاء الفقهاء لاحظوا ضرورة الاستثناء من هذا الأصل؛ لمسيس

---

(١) أما الحنفية، فلم يقولوا بجواز عقد الجعالة في غير جعل الآبق، انظر: البدائع ٢٠٣/٦، المبسوط ١٧/١١، ١٨، ٣٢، رد المحتار ٥٨/٥، ٢٥٨، المحلى لابن حزم ٢٠٦/٨.

(٢) الحدود لابن عرفه مع شرحها للرصاع ٥٣٠/٢، وانظر: البهجة ١٨٧/٢.

(٣) المغني ٣٢٤/٨، النجم الوهاج ٩٤/٦، عقد الجواهر الثمينة ٧/٣، الذخيرة ١٣/٦، البيان للعمراني ٤٠٨/٧، أسنى المطالب ٤٤١/٢، المقدمات الممهدات ١٧٧/٢، نهاية المحتاج ٤٧٢/٥، مغني المحتاج ٤٣١/٢، غاية المطلب للجراعي ص ٣٤٤، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع مع حاشية البجيرمي ١٨٦/٣، شرح الرصاع على حدود ابن عرفة ٥٣٢/٢، القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام ٢٥١/٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٨٨/٢، معونة أولي النهى ٥٩٠/٥، الفروع لابن مفلح ١٨٠/٧، الإنصاف للمرداوي ١٦٧/١٦.

(٤) نهاية المطلب ٤٧٧/١٧.

الحاجة إلى اغتفار جهالة العِوض أو مقداره، في كثير من صور عقد الجعالة وتطبيقاته الفقهية، وخصوصًا إذا كان الجُعل مما يحصل بعمل العامل، فنصُّوا على جواز الجعالة مع جهالة البدل إذا كانت لا تمنع التسليم، ولا تؤدي إلى منازعة وخصومة، لداعي الحاجة إلى ذلك، نظير تسامحهم بجهالة العمل والعامل فيها استثناءً؛ للحاجة، فجازت فيها جهالة العوض عند تحقق الحاجة؛ لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة، والضرورة تبيح المحظور.

ولا يقدح في صحة هذا الحكم الاستثنائي كون الجعالة صنفًا من المعاوضات المالية، أو ضربًا من الإجارة، كما جاء في بعض تعريفاتها الفقهية[1]، ومن المعلوم عدم جوازها إذا كان البدل مجهولا فيها مطلقًا؛ وذلك لأنَّ الجعالة ليست معاوضة محضة، ولا إجارة محضة، وإن أخذت شَبَهًا منهما، بل هي معاقدة مستقلة بذاتها، وأصل في نفسها، كالمضاربة والمساقاة، يُغتفر فيها من الجهالات ما تمس إليه الحاجة، باعتبار طبيعتها، والغرض المقصود منها، وانتفاء اللزوم في عقدها؛ ولهذا قال ابن رشد: «الجُعل أصل في نفسه، كالقراض والمساقاة، لا يُقاس على الإجارة، ولا تقاس الإجارة عليه، وإنْ أخذ شَبَهًا منها»[2]، ثم قال: «الإجارة لا تنعقد إلا معلومًا في معلوم، والجُعْل يجوز فيه المجهول، فهما أصلان مفترقان لافتراق أحكامهما»[3]، وقال العز بن عبد السلام: «وكذلك يشترط في بعض التصرفات، كالبيع والإجارة الوجود، والقدرة على التسليم، وانتفاء الأغرار السهلة الاجتناب، ولا يشترط

---

(١) قال زروق في شرح الرسالة ٢/١٤٦: «الجُعل نوع من الإجارة، يفارقها في اللزوم، وضرب الأجل، ومَنْع النقد فيه، وكونه لا شيء له إلا بتمام العمل» وجاء في الإنصاف للمرداوي ١٦/١٦٣: «الجعالة نوع إجارة، لوقوع العِوَض في مقابلة منفعة»، وعرَّفها الحارثي بقوله: «وهي جَعْلُ لشيء من المال لمن يفعل أمر كذا» الإنصاف ١٦/١٦٢ وانظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٦٨.

(٢) المقدمات الممهدات ٢/١٧٦، ١٧٧، وانظر: مجالس القضاة والحكام للمكناسي ٢/٥٢٠.

(٣) المرجع السابق ٢/١٨٢.

ذلك في قراض، ولا مساقاة، ولا مزارعة، ولا جَعالة، فإن ذلك لو شُرِط لفاتَتْ مصالح هذه التصرفات ومقاصدها، ولا يخفى ما في فوات هذه المصالح من المفسدة والإضرار»(١).

أدلة الضابط :

أولاً: الحاجة: إذ الناس في معاملاتهم في حاجة ماسة إلى إبرام جعالات يكون العِوَض فيها مما يحصل بعمل العامل، ويكون جزءاً شائعًا في الناتج أو المتحصل، مع التسامح بجهالة مقداره، طالما أن جهالته لا تمنع التسليم، ولا تُفضي إلى منازعة وخصومة، وذلك متناسب مع طبيعة عقد الجعالة ومقاصده ومصالحه، وما قرره بعض المحققين من الفقهاء فيه بقوله: «الجهالة تحتمل في الجعالة؛ لمسيس الحاجة»(٢)، و«الجعالة إنما تجوز بحسب الحاجة»(٣).

ومن المقرر المعلوم أنَّ قاعدة «الحاجة» تقتضي اغتفار المحظورات الشرعية ـ كالجهالة والغرر ـ في كل معاملة أو معاوضة يحتاج الناس إليها، ويلحقهم مشقة وعُسْر في الاحتراز عنها؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨]، وقوله: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾ [المائدة: ٦]، قال الجصاص: «لما كان الحرج: الضيق، ونفى اللهُ عن نفسه إرادة الحرج بنا، ساغ الاستدلال بظاهره في نفي الضيق وإثبات التوسعة في كل ما اختُلف فيه من أحكام السمعيات»(٤).

وقد بيَّن العز بن عبد السلام تأصيل مضمون هذه القاعدة بقوله: «اعلم أنَّ

---

(١) القواعد الكبرى ٢/٢٥٨.
(٢) نهاية المطلب ١٧/٤٨٠.
(٣) المغني ١٣/٥٨، الشرح الكبير على المقنع ١٠/١٣٠.
(٤) أحكام القرآن ٢/٣٩١.

الله شرع لعباده السعي في درء مفاسد في الدارين أو في إحداهما، تجمع كل واحدة منها علة واحدة، ثم استثنى منها ما في اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تُربى على تلك المفاسد؛ كل ذلك رحمة بعباده ونظرًا لهم ورفقًا بهم»[١].

ثانيًا: عدم لزوم العقد: لما كانت الجعالة بحسب طبيعتها التزامًا من الجاعل بشيء من المال للعامل، معلَّقًا على تمام العمل المجعول فيه، ولا التزام فيها على العامل؛ كانت عقدًا جائزًا (غير لازم) في حق طرفيه، كالشركة والوكالة، وذلك يقتضي في النظر الفقهي أنْ يُغتفر فيها ما لا يُغتفر في الإجارة[٢]، وأن لا يُحتاط لها ما يُحتاط للعقود اللازمة[٣]، قال الخطيب الشربيني: «الجعالة جائزة، يُتسامح فيها ما لا يُتسامح في غيرها»[٤]، ويتفرع عن ذلك «جوازها مع جهالة العِوَضِ، إذا كانت لا تمنع التسليم»[٥]، و«جواز كون عِوَضها جزءًا شائعًا في الناتج أو الحاصل، إذا كان العِوَض مما يحصل من العمل»[٦].

قال ابن قدامة: «لأنَّ العقود الجائزة لكل واحد من طرفيها تركها، فلا تؤدي إلى أن يلزمه مجهول عنده، بخلاف اللازمة»[٧]، ثم قال في معرض التفرقة بين الجعالة والإجارة: «الفرق بينهما في وجوه:

١- أن الجعالة يُحتمل فيها الغَرَر، وتجوز مع جهالة العمل والمدة، بخلاف الإجارة.

---

(١) القواعد الكبرى ٢/٢٨٣.
(٢) كشاف القناع ٤/١٠.
(٣) أسنى المطالب ٢/٤٤١.
(٤) مغني المحتاج ٤/٢٤١.
(٥) المغني ٨/٣٢٤، معونة أولي النهى ٥/٥٩١، مطالب أولي النهى ٤/٢٠٧.
(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٠٤، الفتاوى الكبرى له ٤/٦٣، القواعد النورانية الفقهية ص ٣٣٦.
(٧) المغني ٨/٣٢٣.

٢- أنَّ الجعالة عقد جائز، فلا يلزمه بالدخول فيها مع الغَرَر ضرر، بخلاف الإجارة، فإنها عقد لازم، فإذا دَخَل فيها مع الغرر؛ لزمه ذلك»[1].

٣- إلحاقها بالمشاركات: وذلك لأنَّ الجعالة إذا كانت بجُعل يحصل بعمل العامل، ويكون جزءاً شائعًا في الناتج أو المتحصل عقد يتنازعه شبهان، شَبَه بعقد الإجارة، وشَبَه بعقود المشاركات كالمساقاة والمزارعة، هذا بعين ماله، وهذا بنفع بدنه، على أنَّ ما يقسم الله به من ناتج، أو ثمرة، أو عائد، أو متحصَّل، فإنه يكون بينهما بحصص نسبية شائعة، غير أنَّ شبهه بالمشاركات أعظم وأقوى؛ فلزم أن يُلحق بها في الأحكام، ومنها الحكم الكلي الذي تَضَمَّنه الضابط[2].

تطبيقات الضابط :

١- نص المالكية والحنابلة على أنه إذا قال شخص لآخر: القُط زيتوني، وما لقطتَ فلك نصفه، أو: جُذَّ من نخلي ما شئت، ولك ربعه، أو: احصد من زرعي ما شئت، ولك ثلث ما تحصد، فذلك جائز[3]، وعلى ذلك جاء في المادة (٢٠٠٧) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «إذا دفع قمحه لمن يطحنه، أو زرعه لمن يحصده

(١) المرجع السابق ٣٢٥/٨.

(٢) انظر: المغني ٣٢٣/٨، المبدع ٢٦٨/٥، إعلام الموقعين ٣٢٨/٢، ١٩/٤، ٢٠.

(٣) منح الجليل٣/٤، النوادر والزيادات ١٣/٧، ١٤، الخرشي١٠/٧، التاج والإكليل٤٠٠/٥، ٤٠٦، عقد الجواهر الثمينة ٨٣٧/٢، الشرح الصغير للدردير ٢٥/٤، مجالس القضاة والحكام للمكناسي ٥٤٥/٢، إغاثة اللهفان ٧١٣/٢-٧١٦، مطالب أولي النهى٥٤٢/٣، ٥٤٣، ٥٩٥، المغني ٧٢/٨، المحرر ٣٥٧/١، مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٤/٣٠، الفروع ١٠٤/٧، إعلام الموقعين ٣٢٨/٢، ١٩/٤، ٢٠، الشرح الكبير على المقنع ٢٨٢/١٤، وانظر: مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٢٤٦، ٥٨٨ م ٦٥٨.

بجزء مشاع منه، جاز ذلك»[١]، وهذا فيه جهالة للعوض المستحق للعامل في معاملة تمس الحاجة إليها، وجهالة العوض في الجعالة تحتمل للحاجة.

٢- جاء في (شرح منتهى الإرادات): «ويصح خياطة ثوب ونسج غزل ونحوه، كبناء دار وطاحون، ونجر باب، وطحنِ نحو بُرٍّ بجزء مشاع منه؛ لأنها عين تُنمَّى بالعمل عليها، فصح العقد عليها ببعض نمائها»[٢]، وهذا جارٍ على مقتضى الضابط.

٣- إذا استأجر الدائن أو وكَّل أو فوَّض شخصًا في تحصيل دينه من مدينه بجزء شائع معلوم ـ كالنصف والربع والعُشر أو غير ذلك ـ من المال المتحصل، فتلك جعالة جائزة في مذهب الحنابلة، وقول بعض متأخري المالكية[٣].

قال عليش: «والمجاعلة على اقتضاء الدَّين بجزء مما يقتضيه منعها أشهب، والأظهر جوازها»[٤] وقال التسولي: «ومما يجوز فيه الجَعْل مع جهل العوض أيضًا قوله: اقتضِ دَيني وما اقتضيْتَ، فلك نصفه، فإنَّ ذلك كله جعالة»[٥]، وقال ابن تيمية: «استيفاء المال بجزء شائع منه جائز في أظهر قولي العلماء»[٦]، وقال ابن القيم: «ولو كان

(١) مجلة الأحكام الشرعية ص ٥٨٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٣٨/٢.

(٣) كشاف القناع٥١٦/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣١٧/٢، ٣٣٨، مطالب أولى النهى ٥٤٢/٣، الإنصاف ٥٥٧/١٣، معونة أولي النهى ٦٧٩/٤، مجالس القضاة والحكام للمكناسي ٥٢٨/٢، وانظر: مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٥٨٨ م ٢٠٠٧.

(٤) منح الجليل ٣/٤، وانظر: شرح ميارة على التحفة ١٠٧/٢، ١٠٨.

(٥) البهجة ١٨٨/٢.

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٦٧/٣٠، مختصر الفتاوى المصرية ص ٣٥٤.

له على رجلٍ مال، فقال لرجل: اقبضْه منه، ولك ربعه أو ثلثه، أو قال: ما قبضتَه منه فلك منه الربع أو الثلث، فهو جائز»[١].

وعلى ذلك جاء في المادة (١٢٠١) من (مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد): «يصحُّ التوكيلُ بلا جُعْل، وبجُعْلٍ معلوم، أيامًا معلومة، ولو بجزء شائع من الثمن، أو الأجرة، أو المقبوض»[٢].

٤- إذا قال الجاعل: مَن ردَّ ضالتي فله ثلثها، أو قال الأمير في الغزو: مَن جاء بعشرة رؤوس، فله رأس منها، فيجوز ذلك في وجه عند الحنابلة اختاره ورجحه ابن قيم الجوزية[٣]، وهو جارٍ على مقتضى الضابط؛ لما في الجعل من جهالة احتملت للحاجة.

٥- قال ابن القيم: «لو غُصِبَتْ منه عين، فقال لرجل: خلِّصها لي، ولك نصفها، جاز أيضًا، ولو غرق متاعه في البحر، فقال لرجل: ما خلَّصْتَه منه فلك نصفه أو ربعه، صح ذلك كله، فكل هذا جائز على نصوص أحمد وأصوله، وهو أحب إليه من المقاطعة في بعض الصور»[٤].

٦- (مسألة العِلْج)[٥]: وهي ما إذا جعل الإمام أو الأمير في الغزو لمن

---

(١) إغاثة اللهفان ٢/٧١٥.

(٢) مجلة الأحكام الشرعية ص ٣٨٦.

(٣) الإنصاف للمرداوي ١٦/١٦٧، ١٦٨، غاية المطلب للجراعي ص ٣٤٤، الفروع وحاشية ابن قندس عليه ٧/١٨٠، المبدع ٥/٢٦٩، الشرح الكبير على المقنع ١٦/١٦٨، مطالب أولي النهى ٤/٢٠٧، معونة أولي النهى ٥/٥٩١.

(٤) إغاثة اللهفان ٢/٧١٥.

(٥) العِلج يُعبَّر به عن الكافر الغليظ الشديد، لأنه يدفع بقوته عن نفسه وجمعُه علوجٌ وأعلاج والمراد به ههنا مطلقُ الكافر كما ذكر القليوبي البجيرمي انظر: حاشية القليوبي ٤/٢٢٧، البجيرمي على الخطيب ٣/١٨٦، نهاية المطلب ١٧/٤٧٧، مغني المحتاج ٤/٢٤٠، النجم الوهاج ٩/٣٧٧، روضة الطالبين ١٠/١٨٥.

يدلُّه على قلعة للكفار ـ أو نحو ذلك مما فيه مصلحة للمسلمين ـ جُعْلا مجهولا مما فيها، كفرس مبهم، أو ثلث ما فيها من المال، فذلك جائز في مذهب الشافعية مع جهالة العوض للحاجة(١).

ووافقهم الحنابلة على الجواز بشرط أن لا يُجاوز الجُعْل المجهول من مال الكفار ثلث الغنيمة بعد الخمس، وأن تكون الجهالة غير مانعة من التسليم(٢).

وجاء في (نهاية المطلب): «وسبب تصحيح هذه المعاملة فيما يتعلق بالكفار: أنَّ الإمام قد لا يتهدّى في دار الحرب إلى القلاع، وربما لا يتهدّى المسلمون إليها في الغالب، فتمسُّ الحاجة إلى دلالة كافر، فإذا لم يرضَ الكافر إلا بما سَمَّى، فالحاجة تقتضي تصحيح المعاملة؛ إذ قيل: الجهالة تحتمل في الجعالة لمسيس الحاجة، فإذا اضطررنا إلى إثبات فعْل يخالف القياس الدائر بيننا؛ اتّبعنا الحاجة»(٣).

٧- قال المالكية: «ولا بأس بالمجاعلة على أرحاء الماء ـ كالمغارسة على الشجر ـ أو على بناء بيت على أنَّ له جزءاً من ذلك، ومثل أن يكون له مَنْصب رحا، فيجاعله على بناء رحًا فيه، بصفة كذا وبحجر كذا

---

(١) نهاية المحتاج ٥/٤٧٢، ٨/٨٣، تحفة المحتاج ٦/٣٧٠، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/١٨٦، النجم الوهاج ٦/٩٥، ٩/٣٧٧، روضة الطالبين ١٠/١٨٥، مغني المحتاج ٤/٢٤٠، البيان للعمراني ١٢/١٩٩، ٢٠٠، نهاية المطلب ١٧/٤٧٩، القواعد الكبرى للعز بن عبد السلام ٢/٢٥١.

(٢) كشاف القناع ٣/٦٠، المبدع ٥/٢٦٩، الشرح الكبير على المقنع ١٠/١٢٩، ١٣٠، ١٦/١٦٧، ١٦٨، المغني ٨/٣٢٤، ١٣/٥٨، معونة أولي النهى ٣/٦٥٣، الإنصاف ١٦/١٦٧، إعلام الموقعين ١/٣٨٥، مطالب أولي النهى ٢/٥٣٥، ٤/٢٠٤، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥٠٧، ٢٩/١٠٤، الفتاوى الكبرى له ٤/٦٣، القواعد النورانية الفقهية ص ٣٣٦.

(٣) نهاية المطلب ١٧/٤٨٠.

وخشب كذا، ولك إذا تمَّتْ ثلثها أو نصفها بأرضها» كذا في (الواضحة)[١]، وجاء في (الذخيرة) نقلا عن (النوادر): «تجوز المجاعلة على بناء طاحون، وله نصفها»[٢].

أ.د. نزيه حماد

* * *

(١) النوادر والزيادات ٧/٣٢.

(٢) الذخيرة للقرافي ٦/١٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٨

نص الضابط: الجِعَالةُ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي العَمَلِ لَازِمَةٌ مِنْ جِهَةِ الجَاعِلِ، مُنْحَلَّةٌ مِنْ جِهَةِ العَامِلِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- الأصل في الجعالة اللزوم بالشروع في العمل[(٢)].

٢- الجُعل جائز وليس بلازم إلا أن يشرع في العمل[(٣)].

---

(١) الفواكه الدواني ١١٢/٢، حاشية العدوي على كفاية الطالب الربـاني ١٩٣/٢، وانظر: شرح ميارة ١٠٦/٢، وعبروا عن هذا المعنى بقولهم: «الجعل جائز ويلزم بالشروع من جهة الجاعل»، أشرف المسالك لشهاب الدين البغدادي ص ٢٠١، وقال خليل في مختصره: «ولزمت الجاعل بالشروع»، شرح مختصر خليل للخرشي ٦٥/٧، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٨٢/٤، وكذلك عبارة: «اللزوم بالشروع للجاعل لا للمجعول له »، منح الجليل ٤١٦/٦.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ ١١١/٥، شرح الخرشي ٦١/٧، الفواكه الدواني ١١٥/٢، حاشية الصاوي ٨١/٤، الشرح الكبير ١٧/٤، أسنى المطالب ٣٨٤/١، ٤٤٢/٢، الغرر البهية ١٥٨/٢، حاشية البجيرمي على الخطيب ٢٢٢/٣، المغني ٢١/٦، الفتاوى الكبرى ١٢٦/٢-١٢٧، إعلام الموقعين ٢٩١/١، البحر الزخار ٦٣/٥، شرائع الإسلام ١٢٧/٣، الروضة البهية ٤٤٥/٤، شرح النيل١٠/٦٥، وانظر أيضًا: الجعالة وأحكامها لخالد رشيد ص٧٠.

(٣) التلقين للقاضي عبد الوهاب المالكي ١٦٠/٢، وبمعناها قالوا: «الجعل ليس بعقد لازم ما لم يشرع العامل في العمل»، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ٧٥٩/٢.

صيغ ذات علاقة بالضابط :

١- الجعالة عقد جائز ليس بلازم[١]. (أصل مقيد بالضابط).

٢- استحقاق الجُعل منوط بتمام العمل فيما لا يحصل للجاعل فيه نفع إلا به[٢]. (قيد).

٣- الجعالة جائزة فيما لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمام العمل[٣]. (بيان).

٤- الجُعل لا يلزم الجاعل حتى يشرع المجعول له في العمل[٤]. (أخص).

شرح الضابط :

(العقد اللازم): في الاصطلاح: هو الذي لا يقبل الفسخ بالإقالة، أو يقبله لكن لا يملك أحد الطرفين فسخه دون رضا الآخر[٥].

---

(١) شرح ميارة ١٠٦/٢، شرح الخرشي٦٥/٧، أسنى المطالب ٤٥/٢، الغرر البهية ٤٣٩/٢، حاشية الجمل على المنهج ٦٢٦/٣، المغنى لابن قدامة ٢٢/٦، الفتاوى الكبرى ١٢٧/٢، إعلام الموقعين ٢٩١/١، الإنصاف ٣٦٩/٥، شرائع الإسلام ١٢٦/٣، الروضة البهية ٤٤٥/٤، شرح النيل وشفاء العليل ٥٢/١٠.

(٢) انظر: كفاية الطالب الرباني ٢٥١/٢، حاشية العدوي ١٩٤/٢، الثمر الداني للأبي ص ٥٢٣، شرح ميارة ١٠٦/٢.

(٣) المقدمات الممهدات ١٧٥/٢، وانظر: المنتقى شرح الموطأ ١١٠/٥، شرح ميَّارة ١٠٨/٢، حاشية الدسوقي ١٧/٤.

(٤) البيان والتحصيل ٤٨٣/٨.

(٥) انظر: قاعـدة في العقود لابن تيمية ص ٦٧، الواضح في أصول الفقه ص ١٧٦، الكليات للكفوي ص ٧٩٦، مجلة الأحكام الشرعية للقاري ص ١٠٨، الفقه الإسلامي وأدلته ٢٣٣/٤، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية لعبد الكريم زيدان ص ٣٠٧، ويقابله العقد الجائز، أو غير اللازم، وهو ما لعاقده فسخه بأية حال، انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧٧/٦، غمز عيون البصائر ٤٣٧/٣، المنتقى للباجي١٦٢/٥، شرح مختصر خليل للخرشي ٦٥/٧، المنثور في القواعد للزركشي ٧/٢، المغني لابن قدامة ١٥/٥، البحر الزخار ٨٧/٥، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٤٤٣/٤.

و(الشروع) في الشيء: الأخذ فيه[(١)].

ومعنى الضابط: أن عقد الجعالة عند القائلين به[(٢)]، وإن كان - في حقيقته ومعناه - عقدًا جائزًا، يحق لكل واحد من طرفيه - الجاعل والعامل - فسخه، إلا أن هذا الجواز مقيَّد بما إذا كان الفسخ قبل شروع العامل في تنفيذ عمله في الجعالة؛ إذ إن شروع العامل في العمل يقتضي بذل الجهد لغرض المرابحة، وفسخ العقد بعد الشروع يفضي إلى ضياع سعي العامل عليه هدرًا بغير عوض، في عقد كان باعِثه المعاوضة على المنفعة، كما أن انتفاع الجاعل ببعض جهد العامل داخل في أكل المال المعصوم بالباطل، وهو محظور شرعًا؛ ومن هنا اجتمعت كلمة الفقهاء القائلين بمشروعية الجعالة على إلزام الجاعل العِوَض إذا أراد أن يفسخ الجعالة بعد شروع العامل فيما جاعل على عمله - على ما تقتضيه الصيغ الأخرى للضابط.

فاقتصر الضابط على الجاعل في اللزوم بعد شروع العامل في العمل؛ لأن الجاعل هو الذي تظهر فيه فائدة الالتزام من لزوم العقد بعد الشروع، بخلاف المجعول له؛ فلا يتوجب عليه لزوم قبل ولا بعد، بل ولا حصول قبول، بدليل أن من سمع قائلا يقول: من يأتيني ببعيري الشارد - مثلا - فله كذا، فأتاه به من غير تواطؤ معه، فإنه يستحق الجعل[(٣)].

وقد عُني فقهاء المالكية بقضية منع انتفاع الجاعل بجهد العامل من غير عِوَض في حالة فسخ الجعالة؛ تحقيقًا لمبدأ العدل في المعاملة، وحفظ الأموال على أصحابها، فوضعوا لذلك حلَّين هما:

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/ ٤٣، شرح النيل وشفاء العليل: ٣/ ٢٧٢.

(٢) سبق بيان أن الجعالة قال بمشروعيتها جمهور الفقهاء خلافًا للحنفية والظاهرية. انظر: ضابط: «الجعالة أصل بنفسها لا تقاس على غيرها».

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤/ ٦١.

الحلُّ الأول: اعتمد بعض المالكية ضابطًا يحكم هذه المعاملة، فقالوا: «الجِعالة جائزة فيما لا منفعة فيه للجاعلِ إلا بتمام العمل»، فقصروا الجعالة على ما لا يعود بالنفع على الجاعل ببعض العمل، إلا أن هذا الحلَّ يفضي إلى تضييق مجال إعمال الجعالة، وقَصْر محلها على الأمور التي لا يتحقق بها انتفاع الجاعل بجهد العامل في حالة فسخ الجعالة، كرد الضوالِّ، وبقي ما عدا هذا النوع من المعاملات خارج مجال الجعالة، مع تعذر تخريجه على غيرها، كالإجارة؛ لما قد يعتريه من غرر وجهالة في تقدير الأعمال.

الحل الثاني: اعتبار الجعالة عقدًا غير لازم قبل الشروع، فإذا ما شرع العامل وبذل بعض الجهد، صارت الجعالة لازمة في حق الجاعل؛ فلا يحق له - حينئذ - فسخ الجعالة، أو تغيير الجعل تغييرًا مؤثرًا في انصراف العامل عنه، فإذا ما أقدم الجاعل على هذا الفسخ أو التغيير، يكون من حق العامل الانصراف عن تنفيذ عقد الجعالة، مع المطالبة بعوض ما بذل من الجهد، وقد فصَّل النفراوي حالات استحقاق الجعل أو بعضه بحسب عمل العامل، فقال: «عقد الجُعل قبل الشروع في العمل مُنحلٌّ من جهة العامل والجاعل، وأما بعد الشروع في العمل فلازم من جهة الجاعل، ومُنحلٌّ من جهة العامل»[(١)]، وهذا الرأي قال به ابن القاسم[(٢)]، وابن أبي زيد القيرواني[(٣)]، ورجحه الباجي[(٤)]، وتبعهم في

---

(١) الفواكه الدواني ٢/١١٢، وانظر: شرح ميارة ٢/١٠٦.

(٢) انظر: مناهج التحصيل للرجراجي ٧/٢٧٣، مواهب الجليل ٥/١٧٧.

(٣) انظر: شـــرح ميـــارة على تحفة الحكام ٢/١٠٦، كفاية الطالب الرباني ٢/٢٥١، حاشية العدوي ٢/١٩٤، الثمر الداني للآبي ص ٥٢٣.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٥/١١١، وهو محكي عن ابن يونس من فقهاء المالكية، انظر: التاج والإكليل ٧/٦٠١، شرح ميارة ٢/١٠٦، وهذا القول هو الذي اقتصر عليه خليل في المختصر، فقال: «ولكليهما الفسخ ولزمت الجاعل بالشروع»، انظر: التاج والإكليل للمواق٦٠١/٧، شرح ميارة ٢/١٠٦، شـــرح مختصر خليل للخرشي ٧/٦٥، حاشية العدوي ٢/١٩٣، حاشية الصاوي ٣/٥٢٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٦٣، منح الجليل ٨/٦٩.

ذلك بهرام[١]، وهو مذهب الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وتابعهم على ذلك المذهب الإمامي[٤]، والإباضي[٥]، وهذا الرأي هو الجاري عليه الضابط.

وينبغي أن يقيَّد الحكم بوجوب تعويض العامل قبل تمام العمل بأمرين:

الأمر الأول: أن يكون الجاعل هو المتسبِّب في فسخ عقد الجعالة، أو تغييره تغييرًا مؤثرًا في انصراف العامل عنه، بعد الشروع؛ فيكون إلزامه التعويض أثرًا لفعله.

الأمر الثاني: أن يفسخ عقد الجعالة بسبب قوة قاهرة لا إرادة للعامل فيها، كأن يصاب العامل بعجز، أو زمانة يمنعانه من إتمام ما شرع في إنجازه.

أما إذا شرع العامل في العمل، ثم انعقدت إرادته على فسخ ما شرع فيه؛ لانشغاله بما هو أنفع له، فلا موجب لإلزام الجاعل بتعويض العامل عما انصرف عن إتمامه بمحض إرادته، ومع ذلك يستحب للجاعل – في هذه الحالة - أن يعوض العامل عن جهده، ولا يجب[٦]. وهذا المعنى هو المعبر عنه في آخر صيغة الضابط بعبارة: «منحلة من جهة العامل»، قال المواق: «وأما العامل فقد قال مالك: له أن يدع الجعالة متى شاء، ولا شيء له»[٧].

---

(١) انظر: شرح ميارة على تحفة الحكام ١٠٦/٢، كفاية الطالب الرباني ٢٥١/٢، حاشية العدوي ١٩٤/٢، الثمر الداني للآبي ص ٥٢٣.

(٢) انظر: عند الشافعية الشرح الكبير للرافعي ٢٥/١٠، التنبيه لأبي إسحاق الشيرازي ص ١٢٦، الوسيط للغزالي ٢١٣/٤، روضة الطالبين٢٩٩/٣، أسنى المطالب ١٥١/٢، الغرر البهية ٨١/٣، تحفة المحتاج ٦٦/٥، حاشية الجمل على المنهج ٢٧٥/٣.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ١٨٦/٢، دقائق أولي النهى ٣٧٣/٢، كشاف القناع ٢٠٦/٤، مطالب أولي النهى ٢١١/٤.

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهية للبجنوردي ١١٦/٦.

(٥) انظر: شرح النيل وشفاء العليل ١٧٣/١٠.

(٦) انظر: الجعالة وأحكامها لخالد رشيد الجميلي ص ١٥٨.

(٧) التاج والإكليل ٦٠١/٧.

وهذا الرأي القائل بتعويض العامل عن جهده عن طريق الاستحباب دون الإلزام، له قيمة فقهية كبيرة في الاحتراز عن تضييع سعي العامل، وقد كان الهدف من سعيه المعاوضة والتربح، مع الحفاظ على إعمال الجعالة في مجالها الرحب الذي شرعت له، ومن مجالها الحالات التي يقع فيها: انتفاع الجاعل بجهد العامل قبل تمام العمل.

ثم إن فسخ العامل للعقد بعد الشروع يشمل العامل المعين وغير المعين؛ لأنه بالشروع يتعين، وسواء فيهما فسخ الجعالة وحده أو مع المالك، فلا شيء له في المسألتين، وهما: الفسخ قبل الشروع مطلقًا، والفسخ من العامل بعد الشروع؛ لأنه لم يعمل في الأولى، ولم يحصل غرض المالك في الثانية(١).

أدلة الضابط :

الدليل على أن الجعالة بعد الشروع في العمل لازمة من جهة الجاعل هو: لزوم الجعل للعامل بالعمل؛ لئلا يحبط سعيه، ولم يرضَ أن يعمل مجَّانًا، فلا انفساخ ولا فسخ من جهة الجاعل بعد الشروع.

وأمَّا الدليل على أنها منحلَّة من جهة العامل فهو: أن العامل بالشروع في العمل دون تمامه باختياره، قد فوَّت على الجاعل غرضه، فصار بمنزلة من لم يعمل، ومن لم يعمل فله الفسخ متى شاء، ولا شيء له(٢).

تطبيقات الضابط :

١- من قال: دُلَّني على من يشتري مني دابتي، ولك كذا، أو من أؤجره نفسي؛ فدل عليه فذلك لازم للجاعل؛ لأن الدلال لا يجب عليه

(١) انظر: حاشية قليوبي ٣/ ١٣٤، منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ٣٧٤.
(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/ ٤٤٢، كشاف القناع للبهوتي ٤/ ٢٠٦.

الإدلال على الدابة[١]، وقد فعل فاستحق الجعل؛ لأن الجعالة بعد الشروع في العمل لازمة من جهة الجاعل.

٢- يجوز الرهن بالجُعل بعد الشروع في العمل وقبل الفراغ منه؛ لانتهاء أمر الجعل إلى اللزوم بشروع العامل في العمل[٢]؛ لأن الجعالة بعد الشروع في العمل لازمة من جهة الجاعل.

٣- تجوز الزيادة والنقص في الجُعل، كما يجوز تغيير جنسه قبل الشروع في العمل، فلو قال: من ردَّ علي ضالتي، فله عشرة، ثم قال: من ردَّها فله خمسة أو بالعكس، فالاعتبار بالقول الأخير، والمذكور فيه هو الذي يستحقه الراد، وأما بعد الشروع في العمل، فإنه يؤثر في الرجوع إلى أجرة المثل؛ لأن النداء الأخير فسخ للأول، والفسخ في أثناء العمل يقتضي أجرة المثل[٣]، ووجه هذا أن الجعالة بعد الشروع في العمل لازمة من جهة الجاعل، والعامل شرع في عمله فاستحق أجره.

٤- إن اختلف الجاعل والعامل في قدر الجُعْل بعد الفراغ من العمل، أو بعد الشروع فيه، تحالفا، وفسخ العقد، ووجب للعامل أجرة المثل، أما قبل الشروع فلا استحقاق له ولا تحالف، وكذلك إن اختلفا في قدر العمل، كأن يقول الجاعل: شرطتُ له مائة على رد دابتين، ويقول العامل: بل على دابة واحد[٤]، ووجه ذلك الفرق أن الجعالة

---

(١) انظر: الفواكه الدواني ١١٢/٢.

(٢) انظر: مواهب الجليل ١٦/٥، البهجة في شرح التحفة للتسولي ٢٧٦/١، روضة الطالبين ٢٩٩/٣، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٣٣/٢، مغني المحتاج ٥٦/٣، فقه الصادق للروحاني ٧٥/٢٢.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٣٤١/٤-٣٤٢، أسنى المطالب ٤٤٣/٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ١٣٤/٣، دقائق أولي النهى ٣٧٤/٢، كشاف القناع ٢٠٦/٤، المبسوط للطوسي ٣٣٣/٣.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٦٢٦/٣-٦٢٧.

بعد الشروع لازمة من جهة الجاعل؛ فوجبت أجرة المثل للعامل بعد فسخ العقد، ولم يجب له شيء قبل الشروع في العمل؛ لأنه لم يعمل شيئًا.

٥- إذا وقع عقد الجعالة على نقل شيء من موضع إلى موضع، فنقل العامل ذلك الشيء إلى نصف الطريق، وعجز عن إتمام العمل، ثم عقد الجاعل جعالة مع غيره لإتمام العمل، فقد قال ابن القاسم: «إنه يكون للأول من الجعل بقدر ما عمل مما انتفع به ربها»[(١)]، ووجهه: أن الجعالة بعد الشروع في العمل لازمة من جهة الجاعل، والعامل قد شرع بالفعل في عمله، وهو وإن لم يكمله، فقد انتفع الجاعل بما أنجز منه؛ فيعطى على قدر ما عمل؛ لأن الفسخ جاء من قِبَل الجاعل لا من قِبَله.

مصطفى حسنين عبدالهادي

* * *

(١) مناهج التحصيل للرجراجي ٢٧٣/٧، شرح ميارة ١٧٩/٢.

ضوابط باب المساقاة

رقم القاعدة/الضابط: ١٣٩٩

نص الضابط: المُسَاقَاةُ جَائِزَةٌ فِي جَمِيعِ الشَّجَرِ المُثْمِرِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

١- المساقاة جائزة في كل ذي أصل من الشجر[(٢)].

٢- المساقاة لا تصح إلا في أصل يثمر أو ما في معناه[(٣)].

٣- تجوز المساقاة في كل أصل له ثمرة[(٤)].

٤- تجوز المساقاة في كل شجر له ثمر[(٥)].

٥- كل أصل ثابت له ثمر تجوز المساقاة فيه[(٦)].

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل أن المعاملة متى عقدت على ما هو في حد النمو والزيادة صحت[(٧)]. (أصل).

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٢٧.

(٢) المدونة لمالك ٣/٥٧٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/٤٦٧- ٤٦٨، منح الجليل لعليش ٧/٣٨٦.

(٤) التاج والإكليل ٧/٤٦٨.

(٥) الإنصاف للمرداوي ٥/٤٦٦.

(٦) انظر: عيون الأدلة لابن القصار ص ٨٦.

(٧) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٥٠٥.

٢- المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة[١]. (أصل).

٣- المساقاة لا تجوز إلا في المال الذي لا ينمو إلا بالعمل[٢]. (تكامل).

٤- كل موضع تفسد فيه المساقاة فللعامل أجرة المثل[٣]. (تكامل).

شرح الضابط :

(المساقاة) بلغة أهل الحجاز، أو (المعاملة) بلغة أهل المدينة وأهل العراق، يراد بها اصطلاحًا: مُعاقدة دَفْعِ الأشجار إلى من يقوم بإصلاحها، لقاء سهم معلوم من ثمرها[٤]، والمراد بـ(الشجر): هو كل نبات بالفعل أو بالقوة يبقى في الأرض سنة أو أكثر[٥].

وهذه المعاملة جائزة عند أكثر أهل العلم[٦]، على خلاف أصول أربعة ممنوعة، **الأول**: الإجارة بالمجهول، **والثاني**: المخابرة، وهي كراء الأرض بما يخرج منها، **والثالث**: بيع الثمرة قبل بدوٍّ صلاحها، بل قبل وجودها، **والرابع**: الغرر؛ لأن العامل لا يدري أتسلم الثمرة أم لا[٧]، والأصل في جوازها: حديث ابن عمر، رضي الله عنهما،: أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج

---

(١) المغني ٥/٢٢٧، كشاف القناع للبهوتي ٤/٥٣٣.

(٢) المنتقى للباجي ٥/١٢٩.

(٣) شرائع الإسلام للحلي ٢/١٢٦.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٩/٤٧٩ وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٨٥، رد المحتار لابن عابدين ٦/٢٨٥.

(٥) رد المحتار ٦/٢٨٥.

(٦) خلافًا لما عند أبي حنيفة وكذا زُفَر من القول بأن المساقاة على جزء من الثمرة باطلة، وحكى ابن حزم عن الحسن وإبراهيم كراهة المساقاة انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/١٠١، فتح القدير لابن الهمام ٩/٤٧٨، مجمع الأنهر ٢/٥٠٤، بدائع الصنائع ٦/١٨٥، المحلى لابن حزم ٧/٦٧.

(٧) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٢٤.

منها من ثمر أو زرع[١]، ومساس حاجة الناس إلى هذه المعاملة؛ فليس كل مالك بستان يقدر على إصلاحه[٢].

وهذا الضابط الذي بين أيدينا يتكامل مع عدة ضوابط أخرى في ضبط أحكام المساقاة عند القائلين بجوازها، وموضوعه: بيان ما تجري فيه المساقاة؛ وما لا تجري فيه من الشجر، وهو يقرر: أن عقد المساقاة إنما يصح إذا كانت الأشجار محل التعاقد ذات أصل ثابت يثمر ثمرة ينتفع الناس بها عادة مع بقائه بعد اجتناء الثمرة، كالنخيل، وأشجار العنب، والبرتقال، والتفاح، ونحوها، بخلاف ما لا ثمر له، أو كان له ثمر لا يقصد الانتفاع به، أو لا يبقى الأصل بعد اجتناء ثمرته، فلا تصح فيه المساقاة.

وبهذا المعنى قال أكثر الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية في القديم[٣]، والحنابلة، وابن حزم الظاهري، والزيدية، والإمامية، والإباضية[٤].

فالفقهاء القائلون بمشروعية المساقاة ـ باعتبار الجملة ـ يجوزون المساقاة في كل ذي أصل من الشجر، لكنهم يختلفون في بعض التفصيلات والتفريعات، ما بين مضيِّق وموسِّع، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: يجوز العقد على سائر الأشجار، سواء كانت مثمرة أو غير مثمرة،

---

(١) صحيح مسلم ٢٦/٥ (٤٠٤٤).

(٢) انظر: مجمع الأنهر ٥٠٥/٢.

(٣) واختاره النووي، واختاره السبكي في حالة ما إذا احتاجت الأشجار إلى عمل انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٩٣/٢، ٣٩٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٠١/٢٣، بدائع الصنائع للكاساني ١٨٥/٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٢٨٤/٥، الجوهرة النيرة للعبادي ٣٧٣/١، المدونة ٥٧٨/٣، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٥٣٩/٣، التاج والإكليل ٤٦٨/٧، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٢٢/٣، أسنى المطالب ٣٩٣/٢/٣٩٤، المغني ٢٢٧/٥، الإنصاف ٤٦٦/٥، المحلى لابن حزم ٦٧/٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٦٨/٥، شرائع الإسلام ١٢٣/٢، الروضة البهية للعاملي ٣١٢/٤ شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦٦/١٠، ٨٤.

وسواء كانت تزول أصولها باجتناء ثمرتها أو لا تزول، تبعًا لعقد المزارعة عند القائلين بمشروعية المزارعة، أو تبعًا لعقد المساقاة على ما تصح فيه المساقاة من الأشجار المثمرة؛ جريًا على القاعدة الفقهية القاضية بأنه قد يصح العقد في الشيء تبعًا، وإن كان لا يجوز مقصودًا، كالوقف في المنقول يصح تبعًا لوقف العقار، وكبيع حق الشرب، ومسيل الماء، والطريق تبعًا لبيع الأرض، وجواز الشيء تبعًا لا يدل على جوازه مقصودًا[(١)].

ثانيًا: قصر بعض الفقهاء جواز المساقاة على النخيل وشجر العنب، ولم يجيزوها في غير ذلك من الأشجار، وهذا هو قول الشافعية في جديد المذهب، قال الشافعي: «وإذا ساقى على النخل أو العنب بجزء معلوم، فهي المساقاة التي ساقى عليها رسول الله ﷺ»[(٢)]، وإنما قصروا ذلك على هاتين الشجرتين؛ بجامع وجوب الزكاة، وتأتّي الخرْص - أي التقدير عن طريق التخمين - في ثمرتيهما، ولأن ثمرتهما لا تنمو إلا بالعمل، وغيرهما تنمو فيه الثمرة من غير تعهد، فجوزت المساقاة فيهما؛ سعيًا في تثميرهما، ورفقًا بالمالك والعامل والمساكين، دون غيرهما من الأشجار الأخرى مثمرة كانت أو غير مثمرة، مالم تكن داخلة تبعًا في عقد المساقاة على حوائط النخيل والعنب؛ لأنه قد يجوز في الشيء تبعًا ما لا يجوز فيه مقصودًا[(٣)]؛ لما هو مقرر من أنَّه يغتفر في التابع ما لا يغتفر في المتبوع[(٤)].

ثالثًا: قصر بعض الظاهرية صحة المساقاة على النخيل فقط، ومنعوها في

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٧/٢٣، فتح القدير لابن الهمام ٢١٦/٦بدائع الصنائع ٢٢٠/٥.

(٢) الأم للشافعي ٢٢٣/٨.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٣٩٤/١، الغـرر البهيـة لزكريا الأنصاري ٢٩٩/٣، ٣٠٠، مغني المحتاج ٤٢٢/٣.

(٤) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤٣٩/٤.

غيره من الأشجار، سواء كانت مثمرة أم غير مثمرة، وسواء كان ينتفع الناس بها أم لا[(١)].

رابعًا: توسَّع بعض الفقهاء فيما تجري فيه المساقاة من الأشجار؛ تأسيسًا على علة الحاجة، فجوَّزوا المساقاة في الأشجار التي فيها معنى الإثمار، فقالوا بصحة المساقاة في ذوات الأوراق والأزهار المنتفع بها كالتوت، والنرجس، والياسمين، والورد، وبهذا قال الحنفية، والمالكية في المذهب، ورواية للحنابلة، وآخرون.

على خلاف من ذهب إلى تقييد صحة المساقاة بالأشجار ذات الثمر المأكول، كالحنابلة في المذهب، والشافعية في القديم، ومن ذهب إلى تقييدها بالنخيل والعنب، كالشافعية في الجديد[(٢)].

خامسًا: صرَّح جمهور الحنفية بجواز المساقاة قصدًا على الرطاب، والمقصود بها البقول التي تنتج بطنًا بعد بطن، أو ما تسمى بالمقاثي والمباطخ، كالكراث والقثاء والخيار والباذنجان والبطيخ ونحوها؛ تأسيسًا على مطلق حديث معاملة النبي ﷺ لأهل خيبر على الزرع والثمر، فقالوا: لا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض[(٣)]، ووافقهم المالكية في ذلك إذا عجز صاحبها عن سقيها وحفظها؛ لأن المقثاة بمنزلة الشجرة، وثمرتها بمنزلتها، أمَّا في غير حال العجز فلا تجوز فيها المساقاة عندهم؛ لأن شرط صحة المساقاة لديهم: أن يكون الشجر مما تجنى ثمرته ولا تُخْلف، فلا يجوز في المقثاة والمباطخ، ونحو موز وبقل؛ لأنها بطن بعد بطن وجزء بعد جزء، واختلفوا في جريانها في

---

(١) انظر: المحلى ٦٧/٧.

(٢) رد المحتار ٢٨٦/٦، التاج والإكليل ٤٦٧/٧، ٤٦٨، مغني المحتاج ٤٢٢/٣، الإنصاف ٤٦٦/٥، المغني ٢٢٧/٥، مطالب أولى النهى للرحيباني ٥٥٨/٣.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٢٨٤/٥، مجمع الأنهر ٥٠٥/٢، الجوهرة النيرة ٣٧٣/١.

الريحان والقصب الحلو: فمنهم من أجازها، ومنهم من منعها[1]، أمَّا باقي الفقهاء: فيرون أن هذه النباتات لا تجري فيها المساقاة، وإنما تجري فيها المزارعة بشروطها[2]؛ لأنه زرع وليس بشجر[3].

سادسًا: يرى جمهور الفقهاء أن المساقاة لا تجوز فيما لا أصل له كالزروع، ولا فيما لا يثمر أصلا، ولا فيما ليس في معنى الثمر، كالصَّفصاف والأَثْلِ والصَّنَوْبَر والحَوَر؛ لأن المساقاة شرعت على خلاف الأصل؛ لاشتمالها على جهالة العوض، فيقتصر بها على موضع الوفاق، وموضع الوفاق فيها الشجر المثمر أو ما في معناه، ولأن المساقاة إنما تكون بجزء من الثمرة، فما لا ثمرة فيه، ولا هو في معنى ذلك لا يتحقق فيه شرط المساقاة حتى يقاس على الشجر المثمر، خلافًا لما أفتى به بعض متأخري الحنفية من جواز جريان المساقاة في هذا الشجر؛ لاحتياجه إلى السقي والحفظ والحاجة، التي هي علَّة مشروعية المساقاة، ولحاجة الناس إلى هذه الأشجار للانتفاع بخشبها في الأثاث ونحوه[4].

سابعًا: إذا فسدت المساقاة لسبب ما يتعلق بفقدان شرط من شرائطها، بعد مباشرة العامل بعض أعمالها، فله أجر مثله؛ لأنه لم يعمل مجانًا، وقد فاته

---

(١) انظر: المدونــة ٣/٥٧٨، المنتقى للباجي ٥/١٢٩، ١٣٠، التاج والإكليل ٧/٤٦٨، شرح ميارة ٢/١٠٨، ١١٠، حاشية العدوي ٢/٢٠٩، منح الجليل لعليش ٧/٣٨٤.

(٢) المزارعة: هي دفع أرض وحبٍّ لمن يزرعه ويقوم عليه بجزء مشاع معلوم من المتحصَّل انظر: كشاف القناع ٣/٥٣٢.

(٣) انظر: المغني ٥/٢٢٧، كشاف القناع ٣/٥٣٢، ٥٣٣، مطالب أولي النهى ٣/٥٥٨، المبدع لابن مفلح ٤/٣٠٧.

(٤) انظر المسألة بالتفصيل في: رد المحتار ٦/٢٨٦، مجمع الأنهر ٢/٥٠٥، مجلة الأحكام العدلية لأحمد القاري ١/٥٧٧، الفواكه الدواني ٢/١٢٤، منح الجليل ٧/٣٨٥، أسنى المطالب ٢/٣٩٣، ٣٩٤، المغني ٥/٢٢٧، المبدع ٤/٣٠٧، مطالب أولي النهى ٣/٥٥٨، المحلى ٧/٦٧، الروضة البهية ٤/٣١٢ .

المسمى بفساد العقد، والثمرة كلها للمالك؛ لأنها فرع ملكه ونمائه[١]؛ جريًا على ما هو مقرر في أكثر من قاعدة فقهية من أن الزيادة والنماء يتبعان الأصل[٢]، وأن الفرع ملحق بالأصل في حكمه[٣].

أدلة الضابط:

١- يستدل على منطوق الضابط ب حديث ابن عمر، رضي الله عنهما،: أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع[٤]، ووجه الدلالة: أن لفظة «ثمر» في الرواية المذكورة جاء مطلقًا، فهي تشمل كل ثمر؛ فدلَّ ذلك على جواز المساقاة في كل ذي أصل من الشجر مثمر، ولا يجوز تقييده ببعض الأشجار المثمرة دون بعض[٥].

٢- يستدل على المفهوم الموافق للضابط: بأن القياس يجوِّز جريان المساقاة فيما هو في معنى الشجر المثمر، مما تقصد أوراقه أو أزهاره؛ لأن الأوراق والزهور بمنزلة الثمر في الانتفاع به قصدًا، والمساقاة إنما جازت في الشجر الذي يقصد ثمره للحاجة، والعلة عامة في غيره لوجود الحاجة فيها[٦].

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة ١/٣٧٣، الفروق للقرافي ٤/٣٧، مواهب الجليل للحطاب ٥/٣٧٥، منح الجليل ٧/٣٨٩، أسنى المطالب ٢/٤٠٢، مغني المحتاج ٣/٤٢٥، الإنصاف ٥/٤٧٦، شرائع الإسلام ٢/١٢٦.

(٢) انظر: المبسوط ١٢/٥٣، أسنى المطالب ٣/٢١٢ وفيهما: «الزيادة تتبع الأصل» شرائع الإسلام ٢/٧٩ وفيه: «النماء يتبع الأصل».

(٣) العناية للبابرتي ٢/٣٩٩، وفي المبسوط ٢٩/١٧٤: «الفرع يتبع الأصل»، وفي الفروق للقرافي ٣/٢٦٩: «الفرع يتبع أصله».

(٤) صحيح مسلم ٥/٢٦ (٤٠٤٤).

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥/٢٨٤، المغني ٥/٢٢٧.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٥/٢٨٤.

تطبيقات الضابط :

١- عقد المساقاة على النخيل وأشجار العنب جائز؛ لأن النخيل والعنب من الأشجار المثمرة، والمساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر(١).

٢- تجوز المساقاة على أشجار التفاح، والخوخ، والبرتقال، والكمثرى، والرمَّان، والمانجو، والتِّين، والزيتون؛ لأنها أشجار مثمرة، والمساقاة في كل ذي أصل من الشجر المثمر جائزة(٢).

٣- تصح المساقاة على أشجار التوت ونحوها مما تقصد أوراقها؛ لأنها في معنى الشجر المثمر، والمساقاة تصح في كل شجر مثمر أو ما في معناه(٣).

٤- تجوز المساقاة على أشجار الورد، والياسمين، والريحان، والفُلِّ، والنرجس، ونحوها مما تقصد أزهارها؛ لما فيها من معنى الإثمار(٤)، والمقرر بهذا الضابط صحة المساقاة على الشجر المثمر وما في معناه.

٥- أفتى بعض الحنفية بجواز جريان المساقاة في الأشجار غير المثمرة مما تقصد أخشابها لاستعمالها في صناعة الأثاث والآلات الخشبية، ومما تستعمل دهونها ونشارتها وثمرتها غير المأكولة في استخراج الصمغ، وصنع الأدوية، ودباغة الجلود، كالصفصاف والحَوَر والعِضَاة

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٨٥، التاج والإكليل ٧/ ٤٦٨، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/ ٤٢٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/ ٣٩٣/ ٣٩٤، المغني ٥/ ٢٢٧، المحلى لابن حزم ٧/ ٦٧.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/ ٢٨٤، الجوهرة النيرة للعبادي ١/ ٣٧٣، حاشية الدسوقي ٣/ ٥٣٩، التاج والإكليل ٧/ ٤٦٨، المغني ٥/ ٢٢٧، الإنصاف ٥/ ٤٦٦.

(٣) انظر: التاج والإكليل ٧/ ٤٦٨.

(٤) انظر: التاج والإكليل ٧/ ٤٦٨.

والبلُّوط والخِرْوَع والسَّنط؛ لاحتياج هذه الأشجار إلى السقي والحفظ من ناحية، ولحاجة الناس إليه من ناحية أخرى، فكان فيها معنى الأشجار المثمرة(١)، وهذا القول جارٍ على معنى الضابط.

أ.د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: رد المحتار ٦/٢٨٦، مجمع الأنهر ٢/٥٠٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٠

نص الضابط: مَبْنَى المُسَاقَاةِ عَلَى اللُّزُومِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

- عقد المساقاة عقد لازم[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل جواز المساقاة على كل شجر مثمر[٣]. (مكمل).

٢- كل ما يحتاج إليه لتنمية الثمرة وصلاحها فهو على العامل في المساقاة[٤]. (مكمل).

٣- كل ما قُصِد به حفظ الأصلِ ولا يتكرر كل سنة، فعلى المالك في المساقاة[٥] . (مكمل).

---

(١) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم ص ٣١٤، فتاوى السبكي ٢/٤٦٤، الغرر البهية شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٣٠١، المنهاج للنووي مع مغني المحتاج ٣/٤٣٣، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٦، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/١١٨.

(٢) المنتقى للباجي ٥/١١٩، ١٣٤، مواهب الجليل للحطاب ٥/٤٠٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/٤٦٧، وانظره بلفظ: «المساقاة لا تصح إلا في أصل يثمر أو ما في معناه» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٩٧، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٨٧، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٣٣، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٤- المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع[١]. (مكمل).

شرح الضابط :

هذا الضابط يعدُّ أصلا في باب المساقاة؛ حيث تتجلى فيه حقيقة عقد المساقاة، وأنه عقد لازم، وتترتب عليه أحكام العقود اللازمة، وقد قرر هذا الضابط جمهور الفقهاء، من الحنفية والمالكية، والشافعية[٢]، ووافقهم الإمامية[٣].

و(المساقاة) تم تعريفها لغة واصطلاحًا ضمن ضابط: «الأصل جواز المساقاة على كل شجر مثمر»[٤]، ولا حاجة لإعادته.

و(اللزوم) بمعنى: اللازم، وهو في العقود: ما لا يقبل الفسخ بإرادة منفردة من أحد العاقدين، أو ما لا يمكن للغير إبطاله[٥]، و(الجائز) في العقود عكس اللازم[٦].

والمعنى الإجمالي الذي يفيده الضابط : هو أن عقد المساقاة مبنيٌّ على اللزوم، بمعنى أنه تطبق عليه الأحكام الخاصة بالعقد اللازم، والتي من أهمها:

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٢٨.

(٢) انظر: العناية للبابرتي ٩/٤٨١، البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٨٢، مواهب الجليل ٥/٣٨٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٢٧، تحفة المحتاج ٦/١١٨، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٦، المنثور للزركشي ٢/٣٩٨.

(٣) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/١٢٣، الروضة البهية للعاملي ٤/٣١٠.

(٤) انظر: التاج والإكليل ٧/٤٦٧.

(٥) انظر: المنثور ٢/٣٠٤.

(٦) انظر: المنثور ٢/٣٠٤.

١- يشترط في المعقود عليه في عقد المساقاة - وهو كل شجر مثمر، على ما قرره جمهور الفقهاء[١] - أن يكون معلومًا للمتعاقدين (صاحب الشجر والعامل)، كما يشترط أن يكون مقدورًا على تسليمه للعامل حتى يتمكن من القيام بأعمال المساقاة المكلف بها.

٢- أن المساقاة تلزم بالقول[٢].

٣- أن عقد المساقاة لا يقبل الخيار المؤبد من المتعاقدين.

٤- أنه لا ينفسخ بموت المتعاقدين أو أحدهما، ولا بجنونه أو إغمائه، فلو مات أحدهما قام ورثته مكانه.

٥- أنه لا يقبل الفسخ من أحد المتعاقدين، كما أنه لا يمكن لغيرهما إبطاله، فلا يتمكن المالك من فسخ عقد المساقاة، ولا العامل أيضًا يمكنه ذلك، فليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضا صاحبه، إلا من عذر، وإذا كان المتعاقدان لا يمكنهما فسخ العقد، فمن باب أولى أن لا يملك غيرهما إبطاله[٣].

ولا يخفى ما في تطبيق هذا الأمر من المحاسن، ومن أهمها مراعاة المصالح لكل من المتعاقدين[٤]:

فإن العامل لو تمكن من فسخ عقد المساقاة قبل إتمام العمل فيها؛ لتضرر المالك بفوات الثمرة، أو بعضها؛ لعدم العمل؛ لكونه لا يحسن العمل، أو لا يتفرغ له.

---

(١) انظر: تفصيل هذا: ضمن الضابط: «المساقاة لا تصح إلا في أصل يثمر أو ما في معناه».

(٢) انظر: مواهب الجليل ٥/٣٨٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٨٧.

(٤) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٩٨.

كما أن المالك لو تمكن من فسخ عقد المساقاة؛ لتضرر العامل؛ لفوات نصيبه من الثمرة؛ لأن الغالب كونه أكثر من أجرة مثله.

وللفقهاء في لزوم عقد المساقاة اتجاهان :

الاتجاه الأول : يرى جمهور الفقهاء، من الحنفية والمالكية والشافعية، وهو رواية عن أحمد، اختارها ابن تيمية(١)، وبه قال الإمامية(٢)، : أن عقد المساقاة عقد لازم.

الاتجاه الثاني : ذهب الحنابلة، وهو قول عند المالكية - مقابل للمختار في المذهب - وبه قال تقي الدين السبكي من الشافعية، إلى أن عقد المساقاة عقد جائز، أي غير لازم(٣).

أدلة الضابط :

أدلة من قال : عقد المساقاة عقد لازم :

١- أن الأصل في العقود اللزوم؛ لأن العقد إنما شرع لدفع الحاجات، وتحصيل المقصود من المعقود به، أو المعقود عليه، ويناسب ذلك اللزوم؛ دفعًا للحاجة، وتحصيلا للمقصود(٤).

٢- ولأن عقد المساقاة عقد معاوضة؛ فكان لازمًا، كالإجارة(٥).

---

(١) انظر: العناية ٤٨١/٩، البحر الرائق ٢٨٢/٥، المنتقى للباجي ١٣٤/٥، شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٧/٦، شرح ميارة ١٠٨/٢، تحفة المحتاج ١١٨/٦، أسنى المطالب ٣٩٨/٢، المنثور ٣٩٨/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٢٤، الإنصاف للمرداوي ٤٧٢/٥.

(٢) انظر: شرائع الإسلام ١٢٣/٢، الروضة البهية ٣١٠/٤.

(٣) انظر: شرح ميارة ١٠٨/٢، فتاوى السبكي ٤٢٦/١، الإنصاف ٤٧٢/٥، المغني ٢٤/٤، ٢٣٣/٥

(٤) انظر: الفروق للقرافي ١٣/٤.

(٥) انظر: المغني ٢٣٣/٥.

٣- ولأن عمل المساقاة في أعيان باقية بحالها؛ فأشبهت الإجارة، ومعلوم أن الإجارة عقد لازم[١].

٤- كما أن عقد المساقاة لو كان جائزًا، لجاز لصاحب المال فسخه إذا أدركت الثمرة، فيسقط بذلك حق العامل، ولا يخفى ما في ذلك من ضرر[٢]، ولأن عقد المساقاة لو لم يكن لازمًا، لجاز لمالك الشجر فسخ العقد قبل ظهور الثمرة، فيضيع على العامل جهده[٣].

أدلة من قال: المساقاة عقد جائز[٤]:

١- عن ابن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: لما ظهر النبي ﷺ على أهل خيبر أراد أن يخرج اليهود منها، وكانت الأرض لما ظهر عليها لليهود وللرسول وللمسلمين، فسأل اليهود رسول الله ﷺ أن يتركهم على أن يكفوا العمل ولهم نصف الثمر، فقال رسول الله ﷺ: «نُقركُم على ذلك ما شئنا»[٥].

وجه الدلالة: أن عقد المساقاة لو كان لازمًا لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، كما أن النبي ﷺ لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لم يترك نقله؛ لأن هذا مما يحتاج إليه، فلا يجوز الإخلال بنقله.

٢- أن عمر - رضي الله عنه - أجلى اليهود من الأرض وأخرجهم من

(١) انظر: تحفة المحتاج ١١٨/٦، مغني المحتاج ٤٣٣/٣.
(٢) انظر: المغني ٢٣٣/٥.
(٣) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ٣٩٨/٢.
(٤) انظر: المغني ٢٣٣/٥- ٢٣٤.
(٥) رواه البخاري ١٠٧/٣ (٢٣٣٨)، ومسلم ١١٨٧/٣ (١٥٥١) من حديث ابن عمر، رضي الله عنهما.

خيبر التي عاملهم عليها النبي ﷺ[١]، ولو كانت لهم مدة مقدرة لازمة، لم يجز إخراجهم منها.

٣- ولأن عقد المساقاة عقد على جزء من نماء المال؛ فكان جائزاً كالمضاربة، أو يقال: هو عقد على المال بجزء من نمائه، أشبه المضاربة، ويفارق الإجارة؛ لأنها بيع، فكانت لازمة، كبيع الأعيان، كما أن عوضها مقدر معلوم، فأشبهت البيع، بخلاف المساقاة.

تطبيقات الضابط :

١- يدخل خيار الشرط في المساقاة؛ لأنها من العقود اللازمة التي لا تقبل الفسخ[٢].

٢- لا يجوز لأحد المتعاقدين في المساقاة أن ينفرد بفسخ العقد إلا من عذر، كأن يلحق صاحب الشجر دين فادح، ولا وفاء لهذا الدين عنده إلا ببيع النخيل[٣].

٣- للمتعاقدين في المساقاة أن يتشاركا بغير جعل، ولا يجوز أن يُعْطِي العامل صاحب الشجر شيئًا قبل العمل ولا بعده؛ لأن المساقاة عقد لازم[٤].

٤- يصح تأقيت المساقاة بوقت معلوم؛ لأنها عقد لازم كالإجارة[٥].

٥- لو هرب العامل في المساقاة قبل الفراغ من العمل، وأتمه المالك -

---

(١) ورد هذا في عجز حديث ابن عمر السابق.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢٨٩.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/١٠١، بدائع الصنائع ٦/١٨٧.

(٤) انظر: المنتقى ٥/١٣٥.

(٥) انظر: الغرر البهية شرح البهجة الوردية ٣/٣٠١.

بنفسه أو بماله - متبرعًا، بقي استحقاق العامل؛ لأن المساقاة عقد لازم[١].

٦- من ساقى حائطًا، ثم باعه فالبيع ماضٍ، والمساقاة ثابتة لا ينقضها البيع؛ لأن عقد المساقاة لازم كعقد الإجارة[٢].

٧- إن ساقى العامل عاملا آخر على أكثر من الجزء الذي ساقى عليه صاحب الحائط، مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف، وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان، فإن كان هذا الأمر بعد أن عمل كان له الفضل؛ لأن المساقاة تلزم بالقول[٣].

٨- إذا ساقى العامل عاملا آخر على مثل الجزء الذي سوقي عليه العامل الأول، فذلك جائز قبل العمل وبعده؛ لأن المساقاة من العقود اللازمة.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٦- ٦٧.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٥/٤٠٨.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٥/٣٨٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠١

نص الضابط: مُسَاقَاةُ مَا حَلَّ بَيْعُهُ مِنَ الثِّمَارِ إِجَارَةٌ(١).

صيغ أخرى للضابط:

- مساقاة ما حل بيعه كالإجارة(٢).

شرح الضابط:

هذا الضابط يتناول بعض أحكام المساقاة على الثمرة الموجودة بالفعل، وللفقهاء في جوازها رأيان:

١- تجوز المساقاة على الثمرة الموجودة بالفعل، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو أحد قولي الشافعي، وهو المعتمد في مذهب الشافعية(٣)، وصححه العز بن عبد السلام(٤)، ووافقهم الظاهرية والزيدية

---

(١) الموطأ لمالك مع شرحه المنتقى ٥/ ١٣٠.

(٢) التاج والإكليل للمواق ٤٦٨/٧، ٥١٢، منح الجليل لعليش ٣٨٦/٧، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة ٢/ ١١٠، حل المعاصم للتاودي ١٩١/٢، النوازل للوزاني ١١٤/٨. وانظر: الكليات الفقهية لابن غازي ٢/ ٦٧٤.

(٣) انظر: الموطأ مع المنتقى ٥/ ١٣٠- ١٣١، شرح ميارة ١٠٩/٢، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١١٢/٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٩٦/٢.

(٤) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٤/٢.

والإمامية(١)، وعللوا ذلك بأن المساقاة إذا جازت على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر فيها، فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى، لكن صحتها والحالة هذه مشروطة بما إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة، كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة، كالجذاذ والحفظ والنقل، ونحو ذلك من الأعمال - بمعنى أنه قد طابت الثمرة وحان وقت بيعها - لم تجز المساقاة عليها حينئذ بغير خلاف بين الفقهاء(٢).

٢- لا تجوز المساقاة على الثمرة الموجودة بالفعل، وهو القول الثاني للشافعي، ورواية عن أحمد، وعللوا ذلك بأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص؛ فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من ثمر أو زرع، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضًا موجودًا ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقي، فلم يصح، كما لو بدا صلاح الثمرة، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه، فلم يجز بعد ظهور النماء، كالمضاربة، ولأن هذا يجعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول، فلم يصح، كما لو استأجره على العمل بذلك(٣).

والمعنى الذي يفيده الضابط: أنه تجوز المساقاة على الشجر الذي فيه ثمرة غير مُدْرَكَة - يعني تزيد بالعمل - فإن كانت مُدْرَكَة - يعني قد انتهت الثمرة

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٦٧/٧، التاج المذهب للعنسي ١٤٢/٣، الروضة البهية للعاملي ٣١٢/٤.

(٢) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٨٣/٥ ط/ بولاق، التاج والإكليل ٤٧٥/٧، بلغة السالك للصاوي ٧١٤/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٢٤/٣، أسنى المطالب ٣٩٦/٢، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٣٩٣/٢، حاشية ابن قاسم على الغرر البهية ٣٠٠/٣، كشاف القناع للبهوتي ٥٣٤/٣، المحلى ٦٧/٧، الروضة البهية ٣١٢/٤.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٢٢٧/٥- ٢٢٨.

بحيث لا تزيد قليلا ولا كثيرًا بالسقي- فلا تصح المساقاة عليها[١]، وعن أبي الوليد الباجي: أنه بغير خلاف بين من يجيز المساقاة[٢]، وحكى صاحب الروضة البهية الإجماع عليه[٣].

وهذا هو ما يقرره الضابط؛ فإن المراد: بما حل بيعه من الثمار: ما وصل إلى مراحله النهائية في النمو والصلاح، وأصبح لا يحتاج إلى عمل وسقي، ونحو ذلك من الأعمال التي تجب على العامل في المساقاة، فإنه لا تجوز المساقاة على الثمرة حينئذ، وإنما تجري عليها أحكام الإجارة، سواء وقع العقد ابتداء أو في أثناء المعاملة، وتفصيل ذلك في نقطتين[٤]:

الأولى: إذا أراد المتعاقدان أن يعقدا عقدًا جديدًا على الثمرة التي بدا صلاحها، فإنه يصح فيها عقد الإجارة، ولا يجوز فيها عقد المساقاة؛ إذ لا محل لها بعد اكتمال الثمرة.

الثانية: إذا عقد المتعاقدان العقد ابتداء على أنها مساقاة على الثمرة التي بدا صلاحها، بأن قال له: ساقيتك على تلك الثمرة التي بدا صلاحها على أن لك ربعها أو ثلثها، فإن حكم المساقاة هنا لا يصح، وإنما تأخذ - والحالة هذه - أحكام الإجارة، هذا بالرغم من أن العقد كان بلفظ المساقاة؛ لأنه إنما يساقيه على ثمر قد بدا صلاحه على أن يكفيه إياه، ويقطعه له، وهذه إجارة وليست مساقاة، كما لو اتفق معه على أن يعطيه نقودًا على قيامه بهذا العمل، ولأن المساقاة حينئذ وقعت في غير وقتها التي تصح فيه، والمقرر في العقود عند جمهور الفقهاء: أن العبرة فيها بالمعاني لا بالألفاظ.

---

(١) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ١٨٣/٥ ط/ بولاق.
(٢) انظر: المنتقى للباجي ١٣٠/٥- ١٣١.
(٣) انظر: الروضة البهية ٣١٢/٤.
(٤) أشار الباجي في المنتقى ١٣١/٥ إلى بعض هذا.

وبناء على ذلك: إذا بدا صلاح الثمرة وأزهت، بمعنى: أنه قد حل أوان بيعها، فقال له صاحبها: (اعمل لي بعض هذه الأعمال، من القطع ونحوه، بنصف هذه الثمرة)، فلا بأس بذلك؛ لأنها إجارة بشيء معروف، بمعنى: أنه لو بدا صلاح الثمرة لصحت الإجارة به، وهذه الأعمال الباقية بعد الثمرة يجوز أن يستأجر عليها بثمرة يجوز بيعها، والمساقاة تجوز في ثمرة لم يبدُ صلاحها، إلا أنه لا يجوز عقد المساقاة في أعمال تبقى بعد الثمرة، لا سيما إذا كانت لها قيمة، ويكلف فيها مؤنة ونفقة(١).

مما سبق يتضح أن فقهاء المذاهب متفقون على العمل بهذا الضابط، ومما ينبغي مراعاته بخصوص هذا الاتفاق أمران:

الأول: أن المالكية استثنوا من عدم جواز المساقاة على ما حل بيعه، جوازها إذا كانت الثمار تبعًا لما لم يحل بيعه، والمعنى: أنه إذا كان في الحائط أنواع مختلفة حل بيع بعضها، وكان الذي أزهى منه الأقل، جازت المساقاة في الجميع، وإلا فلا تجوز فيه ولا في غيره، أما لو كان الحائط كله نوعًا واحدًا وطاب بعضه فلا تجوز مساقاته؛ لأنه بطيب بعضه حل بيعه، وخالف في هذا سحنون؛ فرأى جواز المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها وجواز بيعها(٢).

الثاني: أن الشافعي يقول: إذا أجزنا المساقاة قبل أن تكون ثمرًا بتراضي رب المال والمساقي في أثناء السنة، وقد تخطئ الثمرة فيبطل عمل العامل، وتكثر، فيأخذ أكثر من عمله أضعافًا، كانت المساقاة إذا بدا صلاح الثمر وحل بيعه وظهر أجوز(٣)، وظاهر هذا النص: أنه يرى جواز المساقاة على الثمرة التي بدا صلاحها وحل أوان بيعها، فيكون ممن خالف في هذا المعنى، إلا أن المذهب المعتمد عند الشافعية: هو عدم جواز المساقاة عليها، كما تقدم.

---

(١) انظر: المنتقى ١٢٨/٥، وحاشية ابن عابدين على الدر المختار ١٨٣/٥.

(٢) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل ٣٨٥/٧- ٣٨٦.

(٣) انظر: الأم للشافعي ١١/٤.

أدلة الضابط :

١- لأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه؛ فلم يجز بعد ظهور النماء، كالمضاربة[١].

٢- أن الثمرة إذا حل بيعها ارتفعت الضرورة في المساقاة عليها؛ لأنه يجوز لصاحبها تعجيل نفعه ببيعه، أو بالإجارة عليه؛ إذ ما جاز بيعه جازت الإجارة به[٢].

٣- أن ما يجوز بيعه تجوز الإجارة به[٣].

تطبيقات الضابط :

١- إذا كان لرجل حائط فيه نخل قد طابت ثماره، ونخل لم تطب ثماره بعد، فلا تجوز المساقاة عليه؛ لأن الحائط إذا أزهى بعضه، ولم يزهُ بعضه حل بيعه[٤]، وما حل بيعه لا تجوز المساقاة فيه، وإنما تجوز فيه الإجارة.

٢- لا تجوز المساقاة على الريحان؛ لأنه يقطع كل وقت، ويحل بيعه إذا بدا أوله[٥]؛ لأن ما حل بيعه لا تجوز المساقاة فيه، وإنما تجوز إجارته.

---

(١) انظر: المغني ٥/٢٢٨.

(٢) انظر: المنتقى ٥/١٣٠- ١٣١، الكليات الفقهية لابن غازي ٢/٦٧٤، العقد المنظم لابن سلمون ٢/١٩.

(٣) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل ٧/٣٨٥- ٣٨٦.

(٤) انظر: المدونة الكبرى رواية سحنون عن ابن قاسم ٣/٥٦٦، منح الجليل شرح مختصر خليل ٧/٣٨٥- ٣٨٦.

(٥) انظر: المنتقى ٥/١٢٨.

٣- لا تجوز المساقاة في البقول، كالكزبر والخضر التي تؤكل؛ لأنها إذا نبتت واستقلت جاز بيعها[١]، وما جاز بيعه لا تجوز المساقاة فيه، وإنما هو من قبيل الإجارة.

٤- لا تجوز المساقاة على الزرع إذا حل أوان بيعه[٢].

٥- لا تجوز المساقاة على التين وسائر الأشجار إذا بدا صلاح الثمرة وجاز بيعها؛ لأن ما يجوز بيعه لا تحل المساقاة فيه[٣].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: المنتقى ٥/١٣٠، التاج والإكليل ٧/٤٦٧- ٤٦٨، مواهب الجليل للحطاب ٥/٣٧٢، شرح النيل لأطفيش١٠/٦٦.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٧/٤٧٥.

(٣) انظر: المنتقى ٥/١٣٠- ١٣١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٢

نص الضابط: كُلُّ مَا قُصِدَ بِهِ حِفْظُ الأَصْلِ وَلَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ، فَعَلَى المَالِكِ فِي المُسَاقَاةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

- الأعيان وما لا يتكرر في كل عام يلزمان المالك في المساقاة[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- كل ما يحتاج إليه لتنمية الثمرة وصلاحها فهو على العامل في المساقاة[٣]. (مكمل).

٢- الأصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك فعلى العامل، وبعده عليهما (صاحب الشجر والعامل)[٤]. (أخص).

٣- المساقاة مبنية على المعروف[٥]. (أعم).

---

(١) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٤٣٣.

(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٩٧- ٣٩٨.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٧، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) انظر: الدر المختار للحصكفي ٦/٢٩١.

(٥) منح الجليل لعليش ٧/٤١٥.

شرح الضابط :

هذا الضابط يرتبط بركن مهم من أركان المساقاة، وهو المالك للشجر، ويتناول ما يلزمه في عقد المساقاة، وأحكام عقد المساقاة يجمعها حكمان[١]:

الأول: ما يلزم المتعاقدين (صاحب الشجر، والعامل) في عقد المساقاة، وهو ما يتناوله هذا الضابط بالإضافة إلى الضابط الآخر المختص بالعامل في المساقاة، وهو: «كل ما يحتاج إليه لتنمية الثمرة وصلاحها فهو على العامل في المساقاة»[٢]، ولا يتم فهم أحد هذين الضابطين بمعزل عن الآخر؛ لذا فإننا تلافيًا للتكرار نحيل على ما سبق بيانه في الضابط المتعلق بما يلزم العامل.

الثاني: أن المساقاة عقد لازم، وتفصيل هذا الأمر يأتي في ضابط خاص به.

إذا تبين هذا، فإن الفقهاء متفقون على القول بما يفيده هذا الضابط، وأن كل ما قصد به حفظ الأصل المساقَى عليه، فإنه عند الإطلاق يلزم صاحب الشجر، ولا يلزم العامل منه شيء[٣]، واختلف الفقهاء في بعض هذه الالتزامات واشتراط بعض ما على العامل في المساقاة على صاحب الشجر، وسيأتي بيان ذلك عند ذكر المذاهب تفصيلا.

والمفردات التي يرتكز عليها شرح الضابط أربعة: القصد، الأصل، حفظ الأصل، المالك في المساقاة.

فالمراد «بما قصد به»: ما كان مقصودًا لذاته عند إطلاق عقد المساقاة،

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨.

(٢) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٨٧، المنتقى للباجي ٥/١٢٥، مغني المحتاج ٣/٤٣٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٣٦، شرائع الإسلام للهذلي ٣/٢٠، قواعد الأحكام للحلي ٢/٣١٩-٣٢٠.

وهو هنا حفظ الشجر المساقى عليه.

والمراد «بالأصل» هنا: الشجر الذي تتم المساقاة عليه، ولتفصيل القول فيه يراجع الضابط الآخر بعنوان: «الأصل جواز المساقاة على كل شجر مثمر»(١).

والمراد «بحفظ الأصل»: ما كان منصبًا على مراعاة الشجر والعناية به، وليس له دخل بالثمرة وتنميتها، واختلف الفقهاء فيما يتعلق بصلاح الأصول والثمرة معًا، كالكسح للنهر والثور، فالمعتمد عند الشافعية والحنابلة: أنها على العامل، وذهب بعض الشافعية إلى: أن فعل ذلك على من شرط عليه منهما (صاحب الشجر، والعامل)، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة(٢).

والمراد «بما لا يتكرر كل سنة»: الأعمال التي يجب القيام بها في المساقاة على نوعين: إن كانت مما يتكرر كل سنة فهي على العامل، كالسقي ونحوه، وإن كانت مما لا يتكرر كل سنة، كسد الحيطان وإنشاء الأنهار ونحو ذلك، فإنه يلزم صاحب الشجر عند إطلاق عقد المساقاة، وخرج بذلك شراء ما يُلقَّح به النخل(٣)، فهو على رب المال، وإن تكرر؛ لأن هذا ليس من العمل(٤)، وإنما هو من جملة الأعيان التي تلزم صاحب الشجر(٥).

---

(١) انظر: التاج والإكليل للمواق ٤٦٧/٧.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٤٣٢/٣، الحاوي الكبير للماوردي ١٧٩/٩- ١٨٠ ط/ دار الفكر، المغني لابن قدامة ٢٣١/٥- ٢٣٢.

(٣) (تلقيح النخل): هو وضع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث، وقد يستغني بعض النخيل عن الوضع المذكور؛ لكـونها تحت ريح الذكور، فيحمل الهواء ريح الذكور إليها. انظر: مغني المحتاج ٤٣٢/٣.

(٤) انظر: المغني ٢٣١/٥.

(٥) انظر: أسنى المطالب ٣٩٧/٢.

والمراد «بالمالك» هنا: ما يعم صاحب الشجر، وغيره ممن يقوم مقامه أو ينوب عنه، كالوصي والوكيل ونحوهما.

وفي بعض الصيغ الأخرى ذكر «الأعيان» وهي داخلة بلا ريب فيما يراد به حفظ الأصل، والمراد بها: الأشياء والآلات التي يُوَفَّى بها العمل في المساقاة، كالمعول ونحوه، واختلف الفقهاء في بعض هذه الأعيان، وفي إلزام صاحب الشجر بها عند إطلاق عقد المساقاة، ولهم في هذا ثلاثة آراء:

الأول: أنها تلزم صاحب الشجر، وإذا اشترطت هذه الأعيان على عامل المساقاة فسدت المساقاة، وبه قال الشافعية[١].

الثاني: أن جميع الأعيان من الدلاء والحبال والآلات من حديد ونحوها تلزم العامل؛ لأن مآل هذه المعاني كلها إلى العمل، وهو مما يختص بالعامل، وبه قال المالكية[٢]، ووافقهم الإمامية[٣].

الثالث: أنه يجب على صاحب الشجر ثمن الدُّولاب[٤] وما يدار به من البهائم، كبقر الدولاب، وعلى العامل الآلات التي يُحْرَث بها، كالفأس ونحوه، وكذا البقر الذي يستعمل للحرث، وبه قال الحنابلة[٥]، وذهب ابن قدامة إلى أن الأولى في البقر الذي يدار به الدولاب أن يكون على العامل؛ لأنها تراد للعمل، فأشبه بقر الحرث، ولأن استقاء الماء على العامل إذا لم يحتج إلى بهيمة؛ فكان عليه إن احتاج إليها، كغيره من الأعمال[٦].

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٣٩٧/٢.
(٢) انظر: المنتقى للباجي ١٢٥/٥.
(٣) انظر: الروضة البهية للعاملي ٣١٣/٤- ٣١٤، شرائع الإسلام ١٢٤/٢- ١٢٥.
(٤) هي الآلة التي تديرها الدابة ليستقى بها انظر: المعجم الوسيط ص ٣٠٥.
(٥) انظر: الفروع لابن مفلح ٤١٣/٤، شرح منتهى الإرادات ٢٣٦/٢.
(٦) انظر: المغني ٢٣١/٥- ٢٣٢.

والمعنى الإجمالي للضابط: أن كل ما كان المقصود منه حفظ الشجر المساقَى عليه ومراعاته والعناية به، ولم يكن داخلا في عمل العامل، فإنه يلزم صاحب الشجر في عقد المساقاة.

وفي بعض المذاهب تفاصيل تجدر العناية بها في هذا المجال:

مذهب الحنفية: يرى فقهاء الحنفية: أن كل ما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والأرض من السِّرْقِين(١)، وتقليب الأرض - التي فيها الكرم والشجر والرطاب - ونصب العرائش ونحو ذلك، فإنه يلزمهما (صاحب الشجر والعامل) على قدر حقيهما؛ لأن العقد لم يتناوله لا مقصودًا ولا ضرورة، وكذلك الحكم في الجذاذ والقطاف؛ لأن ذلك يكون بعد انتهاء العمل، فلا يكون من حكم عقد المعاملة(٢). ويرجع في أحكام اشتراط الأعمال التي تلزم أحد المتعاقدين على الآخر إلى الضابط المرتبط بما يلزم العامل.

مذهب المالكية: ذهب المالكية إلى: أن ما كان من الأعمال الثابتة في المساقاة، كالبناء الذي يبقى، وإنما يعمل مرة لخراب طرأ عليه، أو لاستئناف عمل، فذلك من الأصول الثابتة؛ فهي على صاحب الشجر(٣).

وكذلك ما يتعلق بالثمرة ويبقى بعدها، كإنشاء حفر بئر أو عين أو ساقية، أو بناء بيت يخزن فيه التمر، ونحو ذلك، فهو على صاحب الشجر، ولا يجوز أن يشترط على العامل(٤).

مذهب الشافعية: يرى فقهاء الشافعية: أن كل ما قصد به حفظ الأصل،

---

(١) (السِرْقِين والسِرْجِين): الزبل، وهي كلمة أعجمية وأصلها سِرْكين - بالكاف - فعربت إلى الجيم والقاف. انظر: المصباح المنير للفيومي ص ٢٧٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٧/٦.

(٣) انظر: المنتقى للباجي ١٢٥/٥.

(٤) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ٢٤٠/١ ط/ دار الفكر.

ولا يتكرر كل سنة، فعلى المالك في عقد المساقاة[١]. ويرجع في تفصيل العمل المشروط في المساقاة إلى الضابط الخاص بما يلزم العامل: «كل ما يحتاج إليه لتنمية الثمرة وصلاحها فهو على العامل في المساقاة»[٢].

أدلة الضابط:

١- اقتضاء العرف أن يكون ما قصد به حفظ الأصل على صاحب الشجر[٣].

٢- أن ما لا يتكرر من الأعمال يبقى أثره بعد فراغ المساقاة، فيكون على مالك الأصل، وتكليف العامل مثل هذا إجحاف به[٤].

تطبيقات الضابط:

١- الآلات التي يوفى بها العمل، كالفأس والمنجل، تلزم صاحب الأصل؛ لأنها يقصد بها حفظ الأصل، وبه قال الشافعية والحنابلة[٥].

٢- يلزم صاحب الأرض بناء الحيطان، وحفر الأنهار، ونحوهما مما يلزم لحفظ الأصول؛ لأنها مما تتكرر كل سنة عادة، أو تحتاج إلى ترميم وإصلاح[٦]، وهذا جارٍ على معنى الضابط.

٣- البقر التي يحرث بها، ويدار بها الدولاب تلزم صاحب الأصل؛ لأنها

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٤٣٣.
(٢) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٧.
(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٤٣٣، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب ٣/٥٢٧.
(٤) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٧-٣٩٨، الإقناع للخطيب الشربيني ٣/٢٠٤ مطبوع مع حاشية البجيرمي.
(٥) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨، المغني ٥/٢٣١- ٢٣٢.
(٦) انظر: المنتقى للباجي ٥/١٢٥، المغني ٥/٢٣١.

مقصودة لحفظ الأصل، وبه قال الشافعية والحنابلة[١].

٤- يلزم صاحب الأصلِ إحضار البذر في عقد المساقاة؛ لأنه مما يقصد به حفظ الأصل ويتكرر كل سنة[٢].

٥- يلزم صاحب الأصل خرَاج الأرض الخراجية؛ لأنه مقصود لحفظ الأصل[٣].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٩٧، المغني ٥/٢٣١- ٢٣٢.

(٢) انظر: حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٩٧، المغني ٥/٢٣١- ٢٣٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٤٣٣، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٣٩٧، المغني ٥/٢٣١- ٢٣٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٣

نص الضابط: كُلُّ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَنْمِيَةِ الثَّمَرَةِ وَصَلاحِهَا فَهُوَ عَلَى العَامِلِ فِي المُسَاقَاةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

- كل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها فهو على العامل في المساقاة[٢].

شرح الضابط :

هذا الضابط بيان لما يجب على العامل في المساقاة.

وهو يوضح أن كل ما كان من عمل المساقاة مما يحتاج إليه الشجر، مثل سقي الأشجار، وحرث الأرض تحت الشجر، والبقر التي تحرث، وآلة الحرث، ونحو ذلك، فإنه يلزم العامل عند الإطلاق في عقد المساقاة.

ونص الضابط يبين أن كل ما يسهم بشكل واضح في إصلاح الثمرة وزيادتها وتنميتها، فإنه يلزم العامل، وفي بعض الصيغ الأخرى: أن كل ما يتكرر من الأعمال في كل عام فهو على العامل في المساقاة، كالسقي، وإصلاح مجاري المياه، ونحو ذلك.

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٩٧.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٣١.

وقد اتفق فقهاء المذاهب على هذا المعنى المراد بالضابط من حيث الجملة[١]، وإنما تنوعت أنظارهم في بعض ما يجب على العامل وفي اشتراطها عليه، وبيان ذلك فيما يلي:

مذهب الحنفية : يرى الحنفية: أن كل ما كان من عمل المساقاة مما يحتاج إليه الشجر، من السقي، وإصلاح النهر، والحفظ، والتلقيح، فعلى العامل[٢]، وهذا الأمر ليس على إطلاقه عندهم، وإنما هو مقيد ببعض الأمور:

١- الأعمال التي تكون قبل إدراك الثمرة حدَّ النضج، كسقي الثمرة وتلقيحها وحفظها، فإنها تجب على العامل في المساقاة.

٢- الأعمال التي تكون بعد إدراك الثمرة ووصولها إلى حد النضج، كقطعها، وحفظها، فإنها تجب عليهما – يعني: على العامل وصاحب الشجر- ولو اشترط على العامل القيام بهذه الأعمال فسدت المساقاة اتفاقًا عند الحنفية[٣].

٣- اشتراط ما لا تبقى منفعته بعد المدة على العامل، كالتلقيح، والتأبير، والسقي، ونحوه، جائز، وأما اشتراط ما تبقى منفعته بعد مدة المساقاة على العامل، كإلقاء السرقين، ونصب العرائش، وغرس الأشجار، ونحو ذلك، فإنه مفسد للعقد[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٨٧/٦، مواهب الجليل للحطاب ٣٧٦/٥، المنهاج للنووي ٤٣١/٣- ٣٤٢ مطبوع مع مغني المحتاج، كشاف القناع للبهوتي ٥٤٠/٣، المحلى لابن حزم ٧١/٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٦٩/٥، شرح النيل لأطفيش ٦٥/١٠- ٦٦، الروضة البهية للعاملي ٣١٣/٤- ٣١٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٧/٦.

(٣) انظر: الدر المختار للحصكفي ٢٩١/٦- ٢٩٢.

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٩٢/٦.

مذهب المالكية: ذهب المالكية إلى: أن جميع الأعمال التي تفتقر إليها الثمرة، وتُقْطَع بانقطاع الثمرة، أو يبقى منها بعد الثمرة الشيء اليسير، فإنها تجب على العامل، أما ما لا يتعلق بإصلاح الثمرة: فإنه لا يلزم العامل، ولا يصح أن يشترط عليه منه إلا الشيء اليسير(١)، وكذلك يجب على العامل جميع المؤن التي تساعد في تنمية الثمرة، كالآلات والأجراء والدواب ونفقتهم(٢).

وتفصيل مذهب المالكية في العمل في المساقاة، أنه على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يتعلق بالثمرة، فهذا لا يلزم العامل بالعقد، ولا يجوز أن يشترط عليه.

الثاني: ما يتعلق بالثمرة ويبقى بعدها، كإنشاء حفر بئر، أو عين أو ساقية، أو بناء بيت يخزن فيه التمر، ونحو ذلك، فلا يلزم العامل، ولا يجوز أن يشترط عليه.

الثالث: ما يتعلق بالثمرة ولا يبقى بعدها، فهذا يكون على العامل بالعقد، كالحفر والسقي وشبه ذلك، وأما سد الحظار - وهو تحصين الجدار - وإصلاح الصفيرة - وهو مجرى الماء إلى الصهريج - فلا يلزمه، ويجوز اشتراطه عليه؛ لأنه يسير(٣).

مذهب الشافعية: يرى الشافعية: أن كل ما كان فيه مستزاد في الثمر من إصلاح الماء وطريقه، وتصريف الجريد، وإبار النخل، وقطع الحشيش المضر بالنخل ونحوه، جاز شرطه على العامل، فأما ما ليس فيه مستزاد في الثمرة، ولا صلاح فيها، فلا يجوز اشتراطه على العامل(٤).

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٥/٣٧٦.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٥/١٢٥، القوانين الفقهية لابن جزي ١/٢٤٠ ط/ دار الفكر.

(٣) انظر: القوانين الفقهية ١/٢٤٠ ط/ دار الفكر.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٩/١٧٩- ١٨٠ ط/ دار الفكر، أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٦- ٦٧.

والعمل المشروط في المساقاة عندهم على أربعة أضرب :

الضرب الأول: ما يعود نفعه على الثمرة دون النخل، مثل إبار النخل، وتصريف الجريد، وتلقيح الثمرة، ولقاطها رطبًا، وجدادها تمرًا، فهذا العمل يجوز اشتراطه على العامل، وهو ينقسم ثلاثة أقسام:

١- ما يجب على العامل فعله من غير شرط: وهو كل ما لا تحصل الثمرة إلا به، كالتلقيح، والإبار.

٢- ما لا يجب على العامل فعله إلا بالشرط: وهو كل ما فيه مستزاد للثمرة، وقد تصلح بعدمه، كتصريف الجريد، وتدلية الثمرة.

٣- قسم مختلف فيه في المذهب: وهو كل عمل تتكامل الثمرة قبله، كاللقاط، والجداد، فهذا، وما في معناه فيه وجهان:

الوجه الأول : أنه لا يجب على العامل إلا بالشرط ؛ لتكامل الثمرة بعدمه.

الوجه الثاني : أنه واجب على العامل بغير الشرط ؛ لأن الثمرة لا تستغني عنه وإن تكاملت قبله.

الضرب الثاني: ما يعود نفعه على النخل دون الثمرة، مثل شد الحظائر وحفر الآبار، وشق السواقي، وكري الأنهار، فلا يجوز اشتراط شيء من ذلك على العامل، وكذا ما شاكله من عمل الدواليب، ونحوها، فإن شرط صاحب المال على العامل شيئًا من ذلك كان الشرط باطلا، والمساقاة فاسدة، وقال بعض الشافعية: يبطل الشرط، وتصح المساقاة؛ حملا على الشروط الزائدة في الرهن، فإنها تبطل، ولا يبطل معها الرهن في أحد القولين، وهذا خطأ؛ لأن عقود المعاوضات إذا تضمنت شروطًا فاسدة بطلت، كالشروط الفاسدة في البيع والإجارة.

الضرب الثالث : ما يعود نفعه على النخل والثمرة، كالسقي، والإثارة،

وقطع الحشيش المضر بالنخل، إلى غير ذلك مما جرى هذا المجرى، وفيه صلاح النخل، ومستزاد في الثمرة، فهذا على ضربين:

الضرب الأول: ما لا تصلح الثمرة إلا به، كالسقي فيما لا يشرب بعروقه من النخل حتى يسقى سيحًا، فهو على العامل.

الضرب الثاني: ما تصلح الثمرة به وبغيره، وفيه للشافعية ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه واجب على العامل بنفس العقد، واشتراطه عليه تأكيد؛ لما فيه من صلاح النخل وزيادة الثمرة.

الوجه الثاني: أنه واجب على صاحب النخل، واشتراطه على العامل مبطل للعقد؛ لأنه بصلاح النخل أخص منه بصلاح الثمرة.

الوجه الثالث: أنه يجوز اشتراطه على العامل؛ لما فيه من زيادة الثمرة، ويجوز اشتراطه على مالك النخل؛ لما فيه من صلاح النخل، فلم يتنافَ الشرطان فيه، فإن شرطه صاحب النخل على العامل لزمه، وإن شرطه العامل على صاحب النخل لزمه، وإن أطلق لم يلزم واحدًا منهما، أما العامل؛ فلأنه لا يلزمه إلا ما كان من موجبات العقد أو من شروطه، وأما صاحب النخل؛ فلأنه لا يجبر على تثمير ماله.

الوجه الرابع: ما لا يعود نفعه على الثمرة والنخل جميعًا، كاشتراطه على العامل أن يبني له قصرًا، أو يخدمه شهرًا، أو يسقي له زرعًا، ونحو ذلك، فهذه الشروط تنافي العقد، وتمنع من صحته؛ لأنه لا تعلق لها به، ولا تختص بشيء من مصلحته[1].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٩/١٧٩- ١٨٠ ط/ دار الفكر، أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٦- ٦٧.

مذهب الحنابلة: يرى الحنابلة أنه يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها، مثل حرث الأرض تحت الشجر، والبقر التي تحرث، ونحو ذلك، وعبر عنه بعض الحنابلة بقوله: كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل، وما لا يتكرر فهو على رب المال، وعلق عليه الموفق ابن قدامة بقوله: «وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلقح به، فهو على رب المال وإن تكرر؛ لأن هذا ليس من العمل»[(١)].

وأما البقرة التي تدير الدولاب: فقال أصحاب الإمام أحمد: هي على رب المال؛ لأنها ليست من العمل، فأشبهت ما يلقح به، وعلق عليه الموفق ابن قدامة: الأولى أنها على العامل؛ لأنها تراد للعمل، فأشبهت بقر الحرث، ولأن استقاء الماء على العامل إذا لم يحتج إلى بهيمة فكان عليه، وإن احتاج إلى بهيمة كغيره من الأعمال.

وإن أطلقا العقد، ولم يبينا ما على كل واحد منهما، فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه، وإن شرطا ذلك كان تأكيدًا، وإن شرطا على أحدهما شيئا مما يلزم الآخر، فقال القاضي أبو يعلى من الحنابلة، وأبو الخطاب الكلوذاني: لا يجوز ذلك، فعلى هذا تفسد المساقاة؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك؛ فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما، فإن شرطه على العامل جاز، وهذا مقتضى كلام الخرقي في المضاربة؛ لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد، ولا مفسدة فيه، فصح، كتأجيل الثمن في المبيع، وشرط الرهن والضمين والخيار فيه، لكن يشترط فيه شرطان:

١- أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلومًا؛ لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل، فيختل العمل.

---

(١) انظر: المغني ٢٣١/٥- ٢٣٢، الفروع لابن مفلح ٤١٣/٤، كشاف القناع للبهوتي ٥٤٠/٣.

٢- أن لا يكون ما على رب المال أكثر العمل؛ لأن العامل يستحق بعمله، فإذا لم يعمل أكثر العمل، كان وجود عمله كعدمه، فلا يستحق شيئًا[(١)].

ومن جملة ما يلزم العامل: الجذاذ والحصاد واللقاط، نص أحمد عليه في الحصاد؛ لأنه من العمل، فكان على العامل، كالتشميس، وروي عن أحمد في الجذاذ: أنه إذا شرط على العامل فجائز؛ لأن العمل عليه، وإن لم يشترطه فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه، وظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما، وأجاز اشتراطه على العامل[(٢)].

مذهب الظاهرية: ذهب ابن حزم إلى: أنه لا يجوز أن يشترط على صاحب الأرض في المعاملة في ثمار الشجر، لا أجير، ولا عبد، ولا حبل، ولا دلو، ولا عمل، ولا شيء أصلا، وكل ذلك على العامل، فلو تطوع صاحب الشجر بكل ذلك، أو ببعضه فهو حسن؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنسَوُا۟ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧][(٣)].

مذهب الإمامية: يرى الإمامية أنه يلزم العامل مع إطلاق عقد المساقاة كل عمل يتكرر كل سنة، مما فيه صلاح الثمرة، أو زيادتها، كالحرث، والحفر حيث يحتاج إليه، وغير ذلك من الأعمال، ولو شرط بعضه على المالك صح بعد أن يكون مضبوطًا، لا أن يشترط على المالك جميع العمل؛ لأن الحصة لا يستحقها العامل إلا بالعمل، فلا بد أن يبقى عليه منه شيء فيه مستزاد الثمرة، وإن قل[(٤)].

---

(١) انظر: المغني ٥/٢٣١- ٢٣٢، الفروع ٤/٤١٣.
(٢) انظر: المغني ٥/٢٣٢.
(٣) انظر: المحلى ٧/٧١.
(٤) انظر: الروضة البهية ٤/٣١٣- ٣١٤، شرائع الإسلام للهذلي ٢/١٢٤- ١٢٥.

أدلة الضابط:

١- شرط رسول الله ﷺ على أهل خيبر أن يعملوها من أموالهم[١]، فوجب العمل كله على العامل[٢].

٢- اقتضى العرف أن يكون ما فيه تنمية الثمرة وإصلاحها على العامل في المساقاة، وإنما اعتبر التكرار؛ لأن ما لا يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة، وتكليف العامل مثل هذا إجحاف به[٣].

٣- أن الأعمال التي فيها تنمية الثمرة وصلاحها من توابع المعقود عليه في عقد المساقاة؛ فيتناولها العقد[٤].

تطبيقات الضابط:

١- يلزم العامل في المساقاة آلات الحرث التي يقوم بالعمل بها، والعوامل؛ لأن كل هذا مما يحتاج إليه في تنمية الشجر، وبه قال المالكية، ووافقهم الإمامية[٥].

٢- يلزم العامل في المساقاة سقي الشجر، واستقاء الماء، وإصلاح مجاري المياه وتنقيتها، وقطع الحشيش المضر من الأرض والشوك، وقطع الشجر اليابس، وتسوية الثمرة، وإصلاح الحُفَر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل، وإدارة الدولاب؛ لأن كل هذا مما

---

(١) رواه البخاري ٣/١٠٥ (٢٣٢٩)، ومسلم ٣/١١٨٦ (١٥٥١)/(١) من حديث ابن عمر، رضي الله عنهما، ولفظه: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع».

(٢) انظر: المحلى ٧/٧١.

(٣) انظر: الإقناع شرح متن أبي شجاع للخطيب الشربيني ٣/٢٠٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٧.

(٥) انظر: المغنـي ٥/٢٣٢، المنتقى للباجي ٥/١٢٥، الروضة البهية ٤/٣١٣- ٣١٤، شرائع الإسلام ٢/١٢٤- ١٢٥.

يحتاج إليه في تنمية الشجر، وهو مما يتكرر عمله كل عام[١].

٣- يلزم العامل في المساقاة تقليم الشجر، وإصلاح ما يحدث من تسريب قناة وانسدادها، وكذا إصلاح مواضع السقي والتذكير[٢].

٤- يلزم العامل في المساقاة حفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تشميسه، ونقل الثمرة إليه، وتقليبها، ووضعها على الوجه المعتبر؛ لأنه مما يلزم لإصلاح الثمرة[٣].

٥- يلزم العامل في المساقاة الجذاذ والحصاد واللقاط للثمرة؛ لأنه من العمل، فكان على العامل[٤].

٦- يلزم العامل في المساقاة تقليب الأرض بالمساحي، وقلبها للحرث في الزراعة، والتلقيح[٥]؛ لأن هذا مما يصلح الثمرة، فكان على العامل.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: المغني ٥/٢٣٢، مواهب الجليل ٥/٣٧٦، المنهاج ٣/٤٣١- ٣٤٢، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٦- ٦٧، أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨، الروضة البهية ٤/٣١٣- ٣١٤، شرائع الإسلام ٢/١٢٤- ١٢٥.

(٢) انظر: مواهب الجليل ٥/٣٧٦.

(٣) انظر: المغني ٥/٢٣٢، المنهاج ٣/٤٣١- ٣٤٢ مطبوع مع مغني المحتاج، أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨، الروضة البهية ٤/٣١٣- ٣١٤، شرائع الإسلام ٢/١٢٤- ١٢٥.

(٤) انظر: المغني ٥/٢٣٢، المنتقى للباجي ٥/١٢٥- ١٢٦، أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨، شرح المحلي على المنهاج ٣/٦٦- ٦٧.

(٥) انظر: أسنى المطالب ٢/٣٩٧- ٣٩٨.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٤

نص الضابط: كُلُّ مَوْضِعٍ فَسَدَتِ الْمُسَاقَاةُ فِيهِ فَلِلْعَامِلِ أَجْرُ مِثْلِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- إذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله[٢].

٢- لو فسدت المساقاة، وأتى العامل بالعمل استحق أجرة المثل[٣].

صيغ ذات علاقة:

- المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع[٤]. (مكمل).

شرح الضابط:

هذا الضابط يتناول الكلام فيما يستحقه العامل عند فساد عقد المساقاة.

---

(١) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٥٠٥، مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢/٢٥٧.

(٢) الهداية للمرغيناني ٩/٤٨١ مطبوع مع العناية، الجوهرة النيرة للعبادي ١/٣٧٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٤/٣٣.

(٣) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/١١٢، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٥١.

(٤) المغني لابن قدامة ٥/٢٢٨.

والمعنى الإجمالي فيه: أن عقد المساقاة إذا فسد بعد شروع العامل في العمل، فإن حق العامل لا يُهدر قطعًا، بل يُعطَى له من الأجر ما يتناسب معه، وذلك مقدر بأجرة المثل؛ بحيث لا يشعر بأنه وقع عليه ظلم.

وقد اتفق عليه فقهاء المذاهب الأربعة السنية[١]، ووافقهم الزيدية[٢]، إلا أن المالكية عندهم تفصيل سيأتي ذكره لاحقًا.

وجملة الشرائط التي يفسد بها عقد المساقاة تنقسم إلى نوعين:

النوع الأول: ما هو داخل في الشروط المصححة لعقد المساقاة؛ لأن ما كان وجوده شرطًا للصحة كان انعدامه شرطًا للإفساد، على ما هو مقرر في أصول الفقه؛ وبناء على ذلك فكل ما كان شرطًا لصحة عقد المساقاة ثم تخلف فإنه يفسد المساقاة[٣].

النوع الثاني: ما كان اشتراطه مفسدًا لعقد المساقاة، ويجمعها ما يلي:

١- اشتراط أن يكون الخارج من الثمرة كله لأحد المتعاقدين؛ لأنه يشترط اشتراكهما في الثمر الناتج من الأرض[٤]، وأجاز المالكية أن يشترط ذلك[٥].

٢- اشتراط أن يكون لأحد المتعاقدين جزء معين من الثمرة، سواء كان التعيين بالكيل أو بالوزن أو بغيرهما؛ لأنه يفضي إلى الجهالة بقدر

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة ٣٧٣/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٤، حاشية البجيرمي على الإقناع ٢٠٦/٣، كشاف القناع للبهوتي ٥٤٤/٣، بداية المجتهد لابن رشد ٣٧٥/٢ ط/ المكتبات الأزهرية.

(٢) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٦٩/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٨٦/٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦، مغني المحتاج ٤٢٦/٣.

(٥) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ٢٤٠/١.

العوض، ولأنه قد يجوز أن لا تخرج الأشجار إلا ذلك الجزء المعين(١).

٣- اشتراط أن يشترك صاحب الأرض في العمل، أو يكون العمل كله عليه(٢)، وعند المالكية تفصيل، ذكرناه في ضابط: «كل ما يحتاج إليه لتنمية الثمرة وصلاحها فهو على العامل في المساقاة»(٣).

٤- اشتراط أن يكون الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل، وبه قال الحنفية(٤)، وعند المالكية تفصيل، فإذا اشترط العامل على رب الحائط حمل نصيب العامل لمنزل العامل، فإذا كان في ذلك العمل كلفة ومشقة، فإن العقد يفسد، وإن لم يكن فيه كلفة ولا مشقة جاز، وينبغي أن يدفع له أجرة الحمل في الممنوعة مع أجرة المثل، وكذلك الأمر في اشتراط صاحب الحائط على العامل ذلك(٥).

٥- اشتراط الجذاذ والقطاف على العامل بلا خلاف عند الحنفية؛ لأنه ليس من المعاملة في شيء، ولانعدام التعامل به أيضًا؛ فكان من باب مؤنة الملك، والملك مشترك بينهما؛ فكانت مؤنته عليهما على قدر ملكيهما، وهذا الشرط تفرد به الحنفية، وخالفهم المالكية والشافعية والحنابلة، فرأوا أنها على العامل، وأن اشتراطها عليه جائز(٦).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦، الشرح الكبير للدردير ٥٤٠/٣- ٥٤١، الحاوي الكبير للماوردي ١٧٧/٩، المغني ٢٤٦/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦، روضة الطالبين للنووي ١٥٥/٥، المحلى لابن حزم ٧١/٧، والروضة البهية للجبعي ٣١٣/٤- ٣١٤، شرائع الإسلام للحلي ١٢٤/٢- ١٢٥، شرح النيل لأطفيش ٧١/٧.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٣٩٧/٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٨٦/٦.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٥٤٩/٣.

(٦) انظر: المنتقى للباجي ١٢٥/٥- ١٢٦، أسنى المطالب ٣٩٧/٢- ٣٩٨، شرح المحلي على المنهاج ٦٦/٣-٦٧، المغني ٢٣١/٥- ٢٣٢، الفروع لابن مفلح ٤١٣/٤.

٦- اشتراط عمل تبقى منفعته بعد انقضاء مدة المعاملة، نحو غرس الأشجار، وتقليب الأرض، وما أشبه ذلك؛ لأنه لا يقتضيه العقد، ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده(١).

٧- إشراك العامل غيره فيما يعمل فيه؛ لأن العامل أجير صاحب الأرض، واستئجار الإنسان للعمل في شيء هو فيه شريك المستأجر لا يجوز، حتى إن النخل لو كان بين رجلين فدفعه أحدهما إلى صاحبه معاملة مدة معلومة على أن الخارج بينهما أثلاث، ثلثاه للشريك العامل، وثلثه للشريك الساكت، فالمساقاة فاسدة، والخارج بينهما على قدر الملك، ولا أجر للعامل على شريكه؛ لأن في المساقاة معنى الإجارة، ولا يجوز الاستئجار لعمل فيه الأجير شريك المستأجر، وإذا عمل لا يستحق الأجر على شريكه(٢).

الأحكام المترتبة على فساد عقد المساقاة:

اتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا اطلع على فساد المساقاة قبل الشروع في العمل، فإنه يجب فسخها، ولا شيء على المالك ولا على العامل؛ لأن الوجوب أثر للعقد الصحيح، ولم يوجد(٣).

أما إذا تبين فساد المساقاة بعد الشروع في العمل، ففيه أحكام خاصة، من أهمها:

١- أنه لا يجبر العامل على العمل؛ لأن الجبر على العمل بحكم العقد ولم يصح.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٣/٨٠- ٨١، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٦/٢٩٢، المنتقى للباجي ٥/١٢٥، القوانين الفقهية ١/٢٤٠، الحاوي الكبير للماوردي ٩/١٧٩- ١٨٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٦.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٨٢، القوانين الفقهية ص ١٨٤، كشاف القناع ٣/٥٤٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٧/١٣٦.

٢- أن الخارج كله لصاحب الأرض؛ لأن استحقاق صاحب الأرض الخارج لكونه نماء ملكه، واستحقاق العامل بالشرط ولم يصح، فيكون لصاحب الملك، ولا يتصدق بشيء منه؛ لأنه حصل عن خالص ملكه، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة[١].

٣- أن أجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل، وهذا ما اتفق عليه جمهور الفقهاء، من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، ورواية عند المالكية[٢]، وللمالكية تفصيل فيما يرجع فيه إلى أجر المثل، أو مساقاة المثل، سيأتي لاحقًا.

٤- أن وجوب أجر المثل فيها لا يقف على الخارج، بل يجب وإن لم يخرج الشجر شيئًا، بخلاف المعاملة الصحيحة.

٥- أن أجر المثل فيها يجب مقدرًا بالمسمى لا يتجاوز عنه عند أبي يوسف، وعند محمد يجب تامًّا، وهذا الاختلاف فيما إذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد، فإن لم تكن مسماة في العقد يجب أجر المثل تامًّا بلا خلاف[٣].

وعند المالكية تفصيل فيما يجب للعامل عند فساد عقد المساقاة:

الأصل في فاسد المساقاة: هو الرد إلى مساقاة المثل، كما مر في

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٨/٦، بداية المجتهد ٣٧٥/٢ ط/ المكتبات الأزهرية، حاشية البجيرمي على الإقناع ٢٠٦/٣، كشاف القناع ٥٤٤/٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣٦/٣٧.

(٢) انظر: الجوهرة النيرة ٣٧٣/١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٤، حاشية البجيرمي على الإقناع ٢٠٦/٣، كشاف القناع ٥٤٤/٣، بداية المجتهد ٣٧٥/٢ ط/ المكتبات الأزهرية، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٣٦/٣٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨٨/٦، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٣٢٨/٢، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٨٥/٣.

القراض، إلا أن المالكية خصوا هذا الأصل بمسائل، قال أبو الطاهر في كتاب (النظائر): يرد العامل إلى أجرة المثل إلا في خمس مسائل فله مساقاة المثل، وهي: إذا ساقاه على حائط فيه ثمر قد أطعم، وإذا شرط العمل معه، واجتماع المساقاة مع البيع، ومساقاة سنتين على جزأين مختلفين، وإذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه، فحلفا على دعواهما أو نكلا.

يعني: أن المساقاة إذا وقعت فاسدة؛ لأجل خلل في ركن من أركانها، أو شرط من شروطها، أو وجود مانع يمنع من صحتها، فلها حينئذ ثلاث حالات:

الحالة الأولى: إن عثر على فسادها قبل شروع العامل في العمل، وجب فسخها مطلقًا.

الحالة الثانية: إن عثر عليها في أثناء العمل، أو بعد سنة فأكثر؛ فإنها تفسخ، ويكون للعامل أجرة المثل فيما عمل - أي له بحساب ما عمل - كالإجارة الفاسدة إن وجبت له أجرة المثل، أما إن وجب له مساقاة المثل فإنما يفسخ ما لم يعمل، فإذا فات بابتداء العمل بما له بال لم تفسخ المساقاة إلى انقضاء أمدها، وكان فيما بقي من الأعوام على مساقاة مثله؛ للضرورة؛ لأنه لا يدفع للعامل نصيبه إلا من الثمرة، فلو فسخت لزم أن لا يكون له شيء؛ لما علمت أن المساقاة كالجعل لا تستحق إلا بتمام العمل.

الحالة الثالثة: إن اطلع على فسادها بعد الفراغ من العمل، فإن خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة، أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، كأن زاد رب الحائط عينًا أو عرضًا من عنده؛ وجب للعامل أجرة المثل، وإن لم يخرجا عنها إلى ذلك؛ وجب له مساقاة المثل[1].

وقد ذكر بعض المالكية ضابطًا لما يرجع فيه إلى أجرة المثل: بأن الواجب

---

(١) انظر: أنوار البروق للقرافي ٤/١٥، الحواشي على أنوار البروق ٤/٣٧- ٤٠، التاج والإكليل للمواق ٧/٤٨٦- ٤٨٧.

بعد العمل - جميعه أو بعضه - أجرة المثل، إن خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة، أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها[1].

أدلة الضابط:

١- أن المساقاة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة[2]، وجه هذا أن العامل في المساقاة لا يرضى العمل إلا بعوض، وهو جزء من الثمرة، وذلك الجزء موجود، غير أنه لا يمكن تسليمه إليه، فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقا عليه إليه، كان للعامل أجر مثله، كما في الإجارة الفاسدة[3].

٢- ولأن صاحب الشجر إنما بذله للعامل بعوض لم يسلم له؛ فرجع إلى عوض منافعها النابتة بزرعها على صاحب الزرع، ولو فسدت المساقاة كان الناتج لمالك الشجر، وعليه أجر مثل العامل؛ لذلك[4].

تطبيقات الضابط:

١- لو شرط صاحب الشجر على العامل إخراج ما في الحائط من الدواب والآلات ونحوها، ووقع العمل على هذا، كان للعامل أجر مثله، والثمر كله لصاحبه[5]؛ لفساد المساقاة بذلك الشرط.

٢- لو شرط العامل على صاحب الشجر من الأعمال ما لا يجب على

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/٥٤٨.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٩/٤٨١ مطبوع مع العناية، الجوهرة النيرة ١/٣٧٣، مجمع الأنهر ٢/٥٠٥.

(٣) انظر: المغني ٥/٢٣٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٥٦٠.

(٤) انظر: المغني ٥/٢٤٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٣٩.

(٥) انظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٢٢٩.

صاحب الشجر، لم يجز، فإن وقع ونزل؛ كان للعامل أجر مثله والثمر لربها[١].

٣- لو ساقاه على أنه إن سقاها بماء سماء أو نهر فله الثلث، وإن سقاها بالنضح فله النصف، كان هذا فاسدًا؛ لأن عقد المساقاة كان والنصيب مجهول، والعمل غير معلوم، فإن عمل كان له أجر مثله[٢].

٤- إن عُقدت المساقاة على جزء مبهم، كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه، لم تجز؛ لأنه إذا لم يكن معلومًا لم تمكن القسمة بينهما، فمتى شرط شيئًا من هذه الشروط الفاسدة، فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال؛ لأنها نماء ملكه، وللعامل أجر مثله، كالمضاربة الفاسدة[٣].

٥- إن شرط للعامل أو للمالك ثمر نخلات بعينها، لم يجز؛ لأنها قد لا تحمل، فتكون الثمرة كلها لرب المال، وقد لا تحمل غيرها، فتكون الثمرة كلها للعامل، فمتى شرط شيئًا من هذه الشروط الفاسدة، فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال؛ لأنها نماء ملكه، وللعامل أجر مثله، كالمضاربة الفاسدة[٤].

٦- إن تأخر العامل عن المدة المضروبة للمساقاة، فسدت المساقاة، وللعامل أجر مثله؛ لفساد العقد؛ لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة؛ فصار كما إذا علم في الابتداء[٥].

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ١٣٩/٥، حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٩/٦، بلغة السالك للصاوي ٧١٦/٣.

(٢) انظر: مختصر المزني ٢٢٥/٨ ملحق بالأم.

(٣) انظر: المغني ٢٢٨/٥.

(٤) انظر: المغني ٢٢٨/٥، شرح ميارة ١١٣/٢.

(٥) انظر: مجمع الأنهر ٥٠٥/٢.

٧- لو اشترط أن يكون الثمر كله للعامل، فسدت المساقاة، وكان للعامل أجرة مثله[١]؛ لأن كل موضع فسدت المساقاة فيه؛ فللعامل أجرة مثله.

٨- لا تجوز المساقاة في الأثمار المدركة، أي التي هي في حالة لا تزيد بالعمل، ولا يكون للعامل حصة فيها؛ فلذلك لو سبق للعامل خدمة في تلك الأشجار على عقد المساقاة، فإن للعامل أجر مثله فقط؛ لفساد ذلك العقد[٢].

٩- إن ساقاه على مدة لا تكمل فيها الثمرة، فالمساقاة فاسدة، فإذا عمل فيها، فظهرت الثمرة ولم تكمل، فله أجر مثله[٣].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: مطالب أولي النهى ٣/٥٦٠.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٧٨.
(٣) انظر: المغني ٥/٢٣٤.

ضوابط أبواب التبرعات

ضوابط باب الصدقة

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٥

نص الضابط: حُكْمُ الصَّدَقَةِ كَالهِبَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الصدقة بمنزلة الهبة[٢].

٢- الصدقة كالهبة[٣].

٣- الهبة والصدقة سواء[٤].

٤- الصدقة يلزم فيها ما يلزم في الهبة[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- لا تجوز هبة ما ليس بمال[٦]. (مكمل).

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٥٨/٦، منح الجليل لعليش ١٨٦/٨، وفي التاج المذهب للعنسي ٢٧٢/٣ «الصدقة في الحكم كالهبة» وفي الاختيار للموصلي ٥٤/٣ «الصدقة كالهبة في جميع أحكامها» وفي جواهر العقود لشمس الدين المنهاجي ٣١٢/١ «الهبة والهدية وصدقة التطوع: حكمها واحد، وكل لفظة من هذه الألفاظ تقوم مقام الأخرى».

(٢) فتاوى قاضيخان ٢٧٣/٢.

(٣) الدر المختار للحصكفي ٧٠٩/٥، رمز الحقائق شرح كنز الدقائق للعيني ١٤٨/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ١٢٦/٤، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا (م/٥٢٨)، شرح النيل لأطفيش ٣٩/١١ وفي شرح البهجة لزكريا الأنصاري ١٦/٣ «التصدق كالهبة».

(٤) غمز عيون البصائر للحموي ٢٧٥/٤.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ١٠٤/٥.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ١٢٠/٦، الفتاوى الهندية ٣٦٤/٤، وبلفظ: «لا تصح هبة ما ليس بمال» مطالب أولي النهى للرحيباني ٤٠١/٤، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٢- لا تجوز هبة المباحات[١]. (مكمل).

٣- لا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه[٢]. (مكمل).

٤- لا لزوم على المتبرع[٣]. (أصل).

شرح الضابط:

(الصدقة): المراد بها في هذا الضابط: هي (صدقة التطوع) كما هو واضح من النص وفحواه، وقد صُرِّح بهذا في قول بعض أهل العلم: «الهبة والهدية وصدقة التطوع: حكمها واحد»[٤].

والصدقة نوع من أنواع الهبة؛ وذلك لأن «أنواع الهبة: صدقة، وهدية، ونحلة وهي العطية، وكلها تمليك في الحياة بلا عوض»[٥]، وأحكام كل واحدة منها تجري في البقية[٦]:

فإن قصد بإعطائه ثواب الآخرة فقط، فعطيته على هذا الوجه: صدقة، وإن قصد بإعطائه إكرامًا، أو تودُّدًا، أو مكافأة، فعطيَّته: هدية، وإن لم يقصد بإعطائه شيئًا مما ذُكر، فما أعطاه يسمى: هبة، وعطيَّة، ونِحْلة[٧].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٢٠/٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٢٠/٦.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ١٧٤/١، مجمع الأنهر لشيخي زاده ١٣٣/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) جواهر العقود لشمس الدين المنهاجي ٣١٢/١.

(٥) كشاف القناع للبهوتي ٢٩٩/٤، انظر: القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤١، كفاية الأخيار للحصني ص ٣٠٧، شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين ١١/٣، التاج المذهب للعنسي ٢٦١/٣.

(٦) انظر: كشاف القناع ٢٩٩/٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٧٨/٤، جواهر العقود لشمس الدين المنهاجي ٣١٢/١.

(٧) انظر: كشاف القناع ٢٩٩/٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٧٨/٤، كفاية الأخيار ص ٣٠٧، شرح الجلال المحلى لمنهاج الطالبين ١١١/٣.

والصدقة أخص من الهبة؛ فكل صدقة هبة ولا عكس[١].

ومفاد الضابط: أن أحكام الصدقة هي في أصلها وأساسها مثل أحكام الهبة بجامع أن «الصدقة تبرع كالهبة»[٢]، فيشتركان في جملة أحكام التبرعات مع فوارق بينهما في أشياء، حيث يختص كل منهما (الصدقة والهبة) ببعض الأحكام التي لا توجد في الأخرى[٣]، ولكن تلك الفوارق لا تنقض الكلية الجامعة بينهما في الأحكام الأساسية، وهي المعبَّر عنها بصيغة الضابط والمقصودة فيه، وليس المراد بتشبيه الصدقة بالهبة في الأحكام: التساوي التام بينهما، كما حقق ذلك ابن القيم فيما يتعلق بتشبيه شيء بشيء آخر عمومًا، فقال: «ولا يلزم من تشبيه الشيء بالشيء أخذه بجميع أحكامه»[٤]، وهذا معيار مهم ينبغي أن يؤخذ في الاعتبار.

وجملة الأحكام الأساسية التي تثبت للهبة، هي ما يتعلق بأركان الهبة: الواهب، والموهوب له، والهبة نفسها (أي الشيء الموهوب)، والصيغة.

أما الواهب: فإنهم اتفقوا على أنه تجوز هبته إذا كان مالكًا للموهوب، صحيح الملك[٥].

وأما الموهوب له: فهو من يصح قبوله، وقبضه[٦].

وأما ما تصح هبته: فكل شيء صح ملكه[٧]، أو صح بيعه[٨].

---

(١) كفاية الأخيار ص٣٠٨، روضة الطالبين للنووي ٥/٣٦٤.

(٢) فتاوى قاضيخان ٢/٢٧٣.

(٣) مثل جواز الهدية للنبي ﷺ وآل بيته، وتنزيههم عن الصدقة.

(٤) الجواب الكافي لابن القيم ص ١٠٣، منهج الإمام ابن القيم في القواعد الفقهية لأنور صالح أبو زيد ١/١٥٣ نشر الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

(٥) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٤٥، القوانين الفقهية ص ٢٤١.

(٦) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٤٧، منار السبيل لابن ضويان ٢/٢٣.

(٧) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٤٦، القوانين الفقهية ص ٢٤١.

(٨) انظر: منار السبيل لابن ضويان ٢/٢٣، كفاية الأخيار ص ٣٠٨، التاج المذهب للعنسي ٣/٢٦٢.

وأما الصيغة: فكل ما يقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل[١].

وبناء على أن الصدقة كالهبة في الأحكام؛ فتُراعى فيها هذه الشروط المذكورة.

ثم من أشهر شروط الهبة: القبض، وقد اختُلف فيه: هل هو شرط صحة؟ (وهو قول الإمامين أبي حنيفة والشافعي)، أم شرط إتمام لا شرط صحة؟ (وهو قول الإمام مالك)، أم ليس شرطًا أصلا؟ (وهو قول الإمام أحمد وأهل الظاهر)[٢].

وهذا الخلاف يسري أثره إلى الصدقة أيضًا، فمن يشترط القبض في الهبة يشترطه في الصدقة، ومن لا يشترطه في الهبة لا يشترطه في الصدقة أيضًا[٣]، كما سيظهر ذلك في التطبيقات.

والضابط في جملته متفق عليه بين أصحاب المذاهب[٤].

أدلة الضابط:

١- حديث: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»[٥]، وفي رواية: «العائد في

---

(١) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٤١، منار السبيل ٢٢/٢ شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين ١١١/٣، الهداية للمرغيناني ٢٢٤/٣، التاج المذهب للعنسي ٢٦١/٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢٤٧/٢، كفاية الأخيار ص ٣٠٨، شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين ١١٣/٣، القوانين الفقهية ص ٢٤٢، الهداية ٢٢٤/٣، منار السبيل لابن ضويان ٢٦/٢.

(٣) انظر: الهداية ٢٢٤/٣.

(٤) انظر: غمز عيون البصائر ٢٧٥/٤، مواهب الجليل ٥٨/٦، حاشية الصعيدي على الخرشي ١١١/٧، التاج المذهب للعنسي ٨٩/٤.

(٥) رواه بهذا اللفظ البخاري ١٢٧/٢ (١٤٩٠)، من حديث عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، ورواه أيضًا البخاري ١٦٤/٣ (٢٦٢١)، ومسلم ١٢٤١/٣ (١٦٢٢) من حديث ابن عباس، رضي الله عنهما.

هبته كالكلب يَقِيء ثم يعود في قَـيْـئه»(١).

وورد هذا الحكم نفسه في حديث آخر، للصدقة، وهو قوله ﷺ: «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه»(٢)، وفي رواية: «مثل الذي يرجع في صدقته كمثل الكلب: يَقِيء ثم يعود في قَـيْـئه فيأكله»(٣).

فقد ثبت في هذين الحديثين التساوي بين الهبة والصدقة في حكم من الأحكام، وهو عدم الرجوع فيهما، وقد استدل البخاري صريحًا بذلك، فعقد بابًا للتساوي بين الهبة والصدقة في هذا الحكم فقال: «باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته»، ثم أخرج الحديثين معًا (حديث العود في الهبة، والعود في الصدقة) تحت هذا الباب(٤).

كما فعل ذلك أيضًا النووي حيث بوَّب على ما أخرجه مسلم في (صحيحه) للحديثين المذكورين، بـ «باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض»(٥).

٢- حديث بُريدة، رضي الله عنه، أن امرأة أتت رسول الله ﷺ فقالت كنتُ تصدقتُ على أمي بوليدة، وإنها ماتت وتركتْ تلك الوليدة فقال ﷺ: «قد وجب أجرك، ورجعت إليك بالميراث»(٦).

---

(١) رواه بهذا اللفظ البخاري ٤/٥٨ (٣٠٠٣)، ومسلم ٣/١٢٣٩ (١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ورواه أيضًا البخاري ٣/١٥٨ (٢٥٨٩)، ومسلم ٣/١٢٤١ (١٦٢٢) من حديث ابن عباس، رضي الله عنهما.

(٢) رواه بهذا اللفظ البخاري٢/١٢٧(١٤٩٠)، ومسلم ٣/١٢٣٩(١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب، رضي الله عنه.

(٣) رواه بهذا اللفظ مسلم ٣/١٢٤٠ (١٦٢٢) من حديث ابن عباس، رضي الله عنهما.

(٤) صحيح البخاري ٣/١٦٤.

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٦٤.

(٦) رواه مسلم ٢/٨٠٥ (١١٤٩) من حديث بريدة، رضي الله عنه.

فهذا الحديث وارد في جواز عود الصدقة إلى حوزة المتصدِّق عن طريق الميراث، كما هو واضح[١]، وبه استدل أبو داود في سننه فقال: «باب من تَصدَّق بصدقة ثم وَرِثها»[٢]، وروى الحديث في الباب، ثم إن الحديث نفسه دليل لإثبات هذا الحكم في الهبة أيضًا، وهو ما فعله أبو داود حيث أخرج الحديث في موضع آخر من سننه وبَوَّب عليه بقوله: «باب ما جاء في الرجل يَهَب الهبة ثم يوصَى له بها أو يَرِثها»[٣]، ووجه الاستدلال بالحديث هنا في الهبة: أن المرأة أرادت بالصدقة: (العطيَّة)، وإنما جرى عليها اسم الصدقة؛ لأنها بِرٌّ وصلة؛ فيها أجر؛ فحلَّت محل الصدقة[٤].

تطبيقات الضابط :

١- إذا باع المتصدِّق ما تَصدَّق به قبل عِلم المتصدَّق عليه، لم تبطل الصدقة، ويُخيَّر المتصدَّق عليه في نقض البيع وإجازته؛ لأنه بيع فضولي، كما أن للموهوب له: إذا باع الواهب ما وَهَبه قبل علم الموهوب له، لم تبطل الهبة، ويُخيِّر الموهوب له في ردِّه وإجازته[٥]، قال الحطاب: «والمسألة مفروضة في (المدوَّنة) في (الصدقة)، وفَرَضها ابن الحاجب في (الهبة)؛ فدلَّ على أنه لا فرق بينهما»[٦].

٢- الطفل الصغير الذي لم يبلغ الحُلُم من الذكور والإناث، لا يجوز له

(١) انظر: عون المعبود للعظيم آبادي ٥/٥١.
(٢) سنن أبي داود ١/٥٢٠.
(٣) سنن أبي داود ٢/١٢٩ كتاب "الوصايا".
(٤) عون المعبود ٨/٥٧.
(٥) مواهب الجليل ٦/٥٨.
(٦) مواهب الجليل ٦/٥٨.

في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية(١).

٣- لا يجوز لشريكَيْ المفاوضة والعنان: التصدُّق والهبة، وكذا كل ما كان تمليكًا للمال بغير عوض(٢).

٤- هبة الدَّين من المديون، والتصدُّق به عليه: إبراءٌ له(٣).

٥- المريض مرضًا مخُوفًا (وهو المرض الذي يتصل به الموت في الغالب) محجور عليه في تبرعاته المالية، فلا تنفذ إلا في حدود الثلث من ماله، ومن تلك التبرعات الهبة والصدقة، فتكون من الثلث عند الجمهور، ويوافقهم الزيدية، وهو قول للإمامية(٤). وقالت طائفة من السلف وأهل الظاهر وهو قول آخر للإمامية: إن هبته تخرج من رأس ماله إذا مات، وهكذا يقولون أيضًا في صدقته: «للمريض مرض الموت أن يتصدق بكل ماله ويتبرع به، كالصحيح»(٥).

٦- إذا اصطحب أحد هدية إلى أحد، أو أرسلها إليه، فمات الواهب أو مات الموهوب له قبل أن تصل الهدية إلى المهدَى له،، بطلت الهدية؛ لعدم حيازة الموهوب له لهذه الهدية، فلا حق له فيها، بل ترجع حينئذ إلى ورثة الواهب، أو إلى الواهب نفسه في حال موت الموهوب له(٦)، إلا إذا كان الواهب أشهد عليها حين اصطحابه

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/٢١٢، بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٠.

(٢) مجمع الأنهر لشيخ زاده ٢/٥٥٦.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/٤٧٦.

(٤) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٧٧، بداية المجتهد ٢/٢٤٥، بدائع الصنائع ٧/٣٦٩، تبيين الحقائق ٦/١٨٢، كفاية الأخيار ص ٢٥٩، منار السبيل ٢/٣٣، التاج المذهب ٣/٢٧٠، القواعد الفقهية للبجنوردي ٦/٣٧٦.

(٥) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٤٥، المحلى لابن حزم ٧/١٦٤، ٨/٤٠٣، القواعد الفقهية للبجنوردي ٦/٣٧٦.

(٦) انظر: مدونة الفقه المالكي للصادق الغرياني ٤/٢٥٦-٢٥٧، الشرح الكبير للدردير ٤/١٠٢، شرح النيل لأطفيش ١٢/٤٦-٤٧.

للهدية، أو حين إرساله لها، أنها لفلان، فإن كان كذلك فهي من حق المُهدَى له ولو بعد موت الواهب، أو من حق ورثة المُهدَى له في حالة موته هو، فيقوم ورثة المُهدَى له مقامه في حوز تلك الهدية؛ لأن الإشهاد يقوم مقام الحيازة، فكأنها حيزت من عند الواهب في حال حياته[١]، وهكذا يقال في الصدقة أيضا: فمن دفع مالا لمن يتصدق به عنه للفقراء ولم يُشهِد حين الدفع أنها صدقة، فمات المتصدِّق قبل أن تصل تلك الصدقة كلها أو بعضها للفقراء، فإنها تبطل ويرجع المال جميعه أو ما بقي منه لورثة المتصدِّق؛ ولهذا إن قام الشخص المفوَّض بهذه الصدقة في هذه الصورة بدفع ذلك المال للفقراء بعد علمه بموت المتصدِّق، ضمنه لورثته، أما إذا كان المتصدِّق أشهد على ما يدفعه من المال -كما مرَّ في الهبة- أنه صدقة، فحينئذ لا تبطل الصدقة بموت المتصدِّق قبل وصول الصدقة، بل تنفذ ولو بعد موته؛ لأن الإشهاد كالحيازة[٢].

٧- إن حلف رجل أن لا يهب لفلان هبة، فتصدق عليه بصدقة، يحنث؛ لأنه نوع خاص من الهبة[٣].

٨- اعتصار الهبة (وهو استرداد الواهب هبته من الموهوب له جبرًا من غير عوض) جائز للأب والأم فيما وهباه للأولاد - عند المالكية والشافعية - لكن بقيود[٤]، ومن تلك القيود - عند المالكية - فيما يتعلق باعتصار الأم: أنه يجوز لها الاعتصار فيما وهبته لأولادها سواء

---

(١) انظر: مدونة الفقه المالكي للصادق الغرياني ٤/٢٥٦-٢٥٧، الشرح الكبير للدردير ٤/١٠٢.

(٢) انظر: مدونة الفقه المالكي للصادق الغرياني ٤/٢٥٦-٢٥٧، الشرح الكبير للدردير ٤/١٠٢.

(٣) انظر: المدونة ٣/١٤٤، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٢٦٢.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤/١١٠، التاج والإكليل للمواق ٦/٦٤، كفاية الأخيار ص ٣٠٩، شرح الجلال المحلى على منهاج الطالبين ٣/١١٤.

كانوا صغارًا أم كبارًا ما دام الأب حيًّا، فإن مات الأب ثم أرادت الأمُّ الاعتصار، لا يجوز لها اعتصار هبة الصغار؛ لأن هذه الهبة صارت في حكم الصدقة عليهم؛ إذ إن الهبة للأيتام كالصدقة، والصدقة لا تُعتصر[1].

د. محمد يحيى بلال

* * *

(١) انظر: مدونة الفقه المالكي للغرياني ٤/٢٦٠-٢٦١، الشرح الكبير للدردير ٤/١١٠، التاج والإكليل ٦/٦٤، القوانين الفقهية ص٢٤١.

ضوابط باب الهبة

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٦

نص الضابط: الهِبَةُ أَوْسَعُ بَابًا مِنَ البَيْعِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- الهبة أسهل من البيع[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٣]. (أخص).

٢- الهبة بشرط العِوَض بمنزلة البيع[٤]. (مكمل).

٣- لا تصح الهبة مؤقتة ولا معلقة[٥]. (أخص).

٤- يغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة[٦]. (أعم).

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٩٢، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/٢٦٠، تحفة المحتاج للهيتمي ٦/٣٠٢ نهاية المحتاج للرملي ٥/٤١٠.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٢/١٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٢/٩٥، فتح القدير لابن الهمام ٩/٥٠، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٤/١١٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٨، نهاية المحتاج ٥/٤٠٩، أسنى المطالب ٢/٤٧٩، المغني لابن قدامة ٥/٣٨٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٤، مطالب أولي النهى لمصطفى الرحيباني ٤/٣٩٧، البحر الزخار ٥/١٣٢، وانظر: الضابط: «التعليق والتوقيت في الهبة مما يبطلها أو لا؟» في قسم الضوابط الفقهية.

(٦) تحفة المحتاج ٦/٢٣٧ وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط:

(الهبة) لغة: العَطِيَّة الخالية عن الأَعْواض والأَغْراض[(١)].

وهي شرعًا: تمليك عين بلا عوض لوجه الـمُعطَى[(٢)]، فإن كانت لوجه الله فهي صدقة[(٣)]، وإن كان يريد منها فائدة عينية فهي هبة ثواب، وحكمها حكم البيع[(٤)].

و(الهبة) أيضًا: عقد تبرع يتم من جهة المتبرِّع - الواهب - فصار بمنزلة الإقرار والوصية، لكن الموهوب له لا يملكه إلا بالقبول والقبض[(٥)].

وسببها إرادة الخير للواهب: إما دنيويًا كعوض ومحبة وحسن ثناء، وإما أخرويًا وهو الثواب[(٦)].

وحكمها: أنها مندوبة، وقبولها سنة، قال ﷺ: «تهادوا تحابُّوا»[(٧)].

وتظهر أهمية هذا الضابط في كونه يوضح طبيعة الهبة ودرجتها من بين العقود الأخرى، بما في ذلك عقود المعاوضات، وخصوصًا عقد البيع.

ومن المعلوم أن الهبة ذات شقين متباينين في الأحكام، هما: هبة الثواب، وهبة التبرع.

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٨٠٣/١.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٥٢/٢، حاشية العدوي على شرح الرسالة ٢٥٥/٢، الروضة البهية للجبعي ١٩٦/٣.

(٣) انظر: حاشية العدوي على شرح الرسالة ٢٥٥/٢.

(٤) انظر: المنتقى للباجي ١١٠/٦، منح الجليل لعليش ٢١٤/٨.

(٥) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٩١/٥.

(٦) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٦٨٧/٥، بلغة السالك للصاوي ١٣٨/٤- ١٣٩.

(٧) رواه البخاري في الأدب المفرد ص ٢٠٨ (٥٩٤)، وأبو يعلى ٩/١١ (٦١٤٨)، والبيهقي في الشعب ٤٧٩/٦ (٨٩٧٦)، والسنن الكبرى له ١٦٩/٦ من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، وقال ابن حجر في التلخيص ٧٠/٣ (٦٩): إسناده حسن.
وانظر: الدر المختار مع رد المحتار ٦٨٧/٥.

وقد تكفل ضابط : «الهبة بشرط العِوَض بمنزلة البيع» ببيان حكم الهبة التي يقصد منها الحصول على الثواب من الموهوب له، وأنها تجري مجرى البيوع.

وأما هبة التبرع : فهي التي لا علاقة لها بالبيع لا صفة ولا حكمًا، بل تجري مجرى التبرعات.

ومفاد الضابط : أن الهبة التي هي من عقود التبرعات يتسامح فيها ما لا يتسامح في البيع الذي يرجع إلى عقود المعاوضات المبنية على المشاحة والمضايقة.

ومما ينبني على الضابط : مسألة الغرر إذا دخل الهبة، هل تفسد به أو لا؟

وهنا يفرق بين الهبة التي للثواب وبين الأخرى التي لا يرجى منها ثواب مادي.

فأما التي هي للثواب فيفسدها الغرر؛ لأنها في حكم البيع[1]، وأما الأخرى فلا يعتبر الغرر مُفسِدًا لها؛ لأن الغرر لا يقدح إلا في المعاوضات فقط[2].

وهذا مثال من الأمثلة التي توضح أن الهبة أوسع بابًا من البيع؛ إذ لو لم تكن كذلك لأفسدها الغرر كما يفسد البيع.

أدلة الضابط :

١- لأن الهبة من عقود التبرعات باعتبار أصل الوضع، والتبرع ضد المعاوضة، ويغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات[3].

---

(١) انظر: المدونة لسحنون ٤/٤٦٢.
(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/٣٥٣.
(٣) انظر: أسنى المطالب ٣/١٦٦.

٢- ولأن الهبة قربة لا معاوضة، «ويغتفر في القربة ما لا يغتفر في المعاوضة»[١].

تطبيقات الضابط :

١- تجوز الهبة في مسائل العمرى والرقبى[٢] دون بيعها[٣]، وذلك للنصوص الواردة فيها، وإن كان القياس منعها؛ لوجود الشرط المنافي للتمليك المؤبد؛ ولهذا عدلوا بالشرط الفاسد في الهبة عن قياس سائر الشروط الفاسدة؛ إذ لا يوجد موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط المنافي لمقتضاه عند الشافعية إلا هذا العقد[٤]، والأصل في ذلك: أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة، كالبيع، وما كان مبادلة مال بغير مال، أو كان من التبرعات - كالهبة - لا يبطل بالشروط الفاسدة[٥]؛ مما على أن الهبة أوسع بابًا من البيع.

٢- من حلف أن يهَب فلانا مالا، فوهبه له، فلم يقبل الموهوب له منه، فإنه يبَرُّ في يمينه، بخلاف البيع حيث لا يبر البائع لو حلف ببيع بضاعة من غيره، ولم يقبل الغير بشرائها؛ إذ الأصل أن عقود

---

(١) تحفة المحتاج ٦/٢٣٧.

(٢) معنى (العمرى): هبة منافع الملك مدة عمر الموهوب له، أو مدة عمره وعمر عقبه، فإذا مات الموهوب له ترد علـــى المالك أو ورثته، فسميت عمرى؛ لتعلقها بالعمر، وإنما يتناول الأعمار هبة المنافع لا هبة الرقبـــة. انظر: درر الحكام ٢/٢٢٥، المنتقى ٦/١١٩، المغني ٥/٣٩٩، المحلى ٨/١٣٠ و(الرقبى): أن يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك، على أنك إن مت قبلي عادت إليّ، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول: هي لآخرنا موتًا، وبذلك سميت رقبى؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. المغني ٥/٣٩٩.

(٣) انظر: مطالب أولي النهى ٤/٣٩٧، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٤- ٤٣٥.

(٤) انظر: نهاية المحتاج ٥/٤٠٩.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٤/١٣١.

التبرعات بإزاء الإيجاب فقط، والمعاوضات بإزاء الإيجاب والقبول معًا[١]؛ فكانت الهبة أوسع بابًا من البيع بهذا الاعتبار.

٣- لو غرَّ أحد غيره في ضمن عقد الهبة، فإنه لا يضمن ما غرَّ به صاحبه؛ لأن الهبة من عقود التبرع التي لا يضمن ضررها؛ لأنه لا يستحق وصف السلامة في عقود التبرع[٢]، بخلاف البيع فإنه يضمن ضرره بالغرور[٣]؛ فكانت الهبة أوسع بابًا منه.

٤- الغرر في الهبة لغير الثواب جائز، لا في البيع كما ذهب المالكية، فمن وهب لرجل نصيبه من تركة مورثه وهو لا يدري قدره: سدس أو ربع، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، وهو لا يدري كم ذاك، فذلك جائز، ولو تبيَّن له بعد ذلك كثرة ما وهب؛ لأن هبة المجهول جائزة عند المالكية[٤]، بخلاف بيع المجهول؛ لما فيه من الغرر؛ فدل ذلك على أن الهبة أوسع بابًا من البيع.

٥- لو اختلط شيئان من جنس واحد، وكانا لأكثر من مالك واحد، بحيث يتعذر الفصل بينهما، مثل: اختلاط حمام الأبراج، واختلاط الحبوب، والدقيق، والثمار، والمائعات، ففي هذه الحالة تجوز الهبة للمالكين بعضهم لبعض مع الجهالة للحاجة، ولا يجوز البيع في ذلك[٥]؛ فدل على أن الهبة أوسع بابا من البيع.

٦- تصح هبة لحوم الأضحية، والهدي، وجلودهما، دون بيع شيء من ذلك؛ لأن تحريم بيعهما ورد في النهي عن ثمنهما، والهبة لا ثمن

---

(١) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٣/٨٤٥- ٨٤٦.
(٢) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٨٢٧.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٧/١٧٤.
(٤) انظر: منح الجليل لعليش ٨/١٧٦- ١٧٧.
(٥) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٨١، مطالب أولي النهى ٤/٣٧٧.

فيها؛ لأنها تبرع، ولأنه لا يلزم من امتناع نقل الملك في ذلك على وجه خاص، وهو البيع امتناع نقله من جميع الوجوه، بما فيها الهبة[(١)]، وهذا دليل على أن الهبة أوسع بابًا من البيع.

٧- تجوز هبة الكلب المأذون في اتخاذه، ككلب الصيد أو الماشية أو الحراسة، دون بيعه؛ لأن بيعه محرم شرعًا، ومن أكل ثمنه أكل حرامًا[(٢)]؛ فكانت الهبة بهذا أوسع بابًا من البيع.

٨- شرط الخيار يلغو في الهبة على غير عوض، بمعنى أنه لو شرط الواهب على الموهوب له الخيار في لزوم الهبة بعد مدة معينة كان الشرط لغوًا، وصحت الهبة دونه؛ لأنه شرط في غير معاوضة، كسائر عقود التبرعات التي يلغو الشرط فيها وتصح دونه، أما لو كان شرط الخيار في معاوضة، كالبيع ونحوه، فلا يلغو، بل يدخل الشرط في ذلك كله[(٣)]، وما ذاك إلا لأن الهبة أوسع بابًا من البيع.

٩- إذا وهب شخص لآخر نخيلا مثمرًا، فالثمرة تنتقل للموهوب له، سواء كانت الثمرة مؤبرة أو غير مؤبرة، أما في البيع: فيفصل بين المؤبرة فتكون للبائع، وبين غير المؤبرة فتكون للمشتري[(٤)]؛ فكانت الهبة بهذا أوسع من البيع بابًا.

١٠- يجوز التبرع بالدم من شخص لآخر إذا كان المتبرع كامل

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ١٠٣/٧، أسنى المطالب٢/٤٨١، مطالب أولي النهى ٣٩٤/٤، البحر الزخار ١٣٣/٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٧/٨، أسنى المطالب ٤٨١/٢، المغني ١٧٢/٤، الإنصاف ١٣١/٧، البحر الزخار ١٣٣/٥.

(٣) انظر: التاج المذهب ٤١١/٢.

(٤) انظر: شرائع الإسلام ٢١/٢- ٢٢.

الأهلية، ولا يجوز بيع الدم بحال؛ إذ لا يجوز إخضاع أعضاء الإنسان للبيع بحال من الأحوال[1]؛ فدل هذا على أن الهبة أوسع بابًا من البيع.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ص١٠٨-١٠٩، الدورات١-١٤، القرارات١-١٣٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٧

نص الضابط: مَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَتْ هِبَتُهُ، وَمَا لَا فَلَا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- ما يجوز بيعه يجوز هبته، وما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته[٢].

٢- كل ما صح بيعه صحت هبته، وما لا يصح بيعه لا تصح هبته[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- ما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته[٤]. (أخص).

٢- كل مملوك يجوز بيعه وهبته والوصية به[٥]. (عموم وخصوص وجهي).

---

(١) المنثور ٣/١٣٨، وبنحوه في الأشباه للسيوطي ١/٤٦٩، التحقيق الباهر للبعلي ١/٤٢٥، روضة الطالبين ٥/٣٧٣، وورد الضابط بأحد شطريه فقط بنحو هذا اللفظ أو بألفاظ مقاربة له في: التجريد للقدوري ٨/٣٨١٥، الوسيط للغزالي ٤/٢٦٧، نهاية المحتاج للرملي ٥/٤١١، مغني المحتاج للشربيني ٢/٣٩٩، المقنع لابن قدامة ٦/١٦٢، المبدع لابن مفلح ٥/٣٦٦، الإقناع للحجاوي ٣/٣٣، السيل الجرار للشوكاني ٣/٢٩٣.

(٢) جواهر العقود للمنهاجي ١/٣١٢، وبنحوه في بداية المجتهد ٢/٢٤٦.

(٣) إعانة الطالبين للبكري ٣/٢٤٥، وبنحوه في التاج المذهب لابن المرتضى ٥/١٧٣.

(٤) نهاية المحتاج ٥/٤١٠.

(٥) عون المعبود للعظيم آبادي ١٠/٤٣٤.

٣- ما جاز بيعه جاز فيه الصدقة والهبة والرهن[(١)]. (أعم).

٤- تجوز الهبة في كل ما جاز بيعه، بلا عكس[(٢)]. (صيغة مخالفة).

شرح الضابط :

(الهبة): تمليك المال في الحال مجانًا[(٣)].

ومفاد الضابط: أن ما يقبل التمليك بالبيع يقبل التمليك بالهبة، والعكس بالعكس أيضًا: أي أن ما لا يصح فيه التمليك بالبيع، لا يصح فيه التمليك بالهبة.

ويعبر الضابط عن الشروط التي ينبغي توافرها في الشيء الموهوب ليكون محلًّا لعقد الهبة، وتجري عليه أحكام الهبة، وهي:

١- أن يكون الموهوب مالا.

٢- أن يكون متقومًا.

٣- أن يكون موجودًا وجودًا مستقلا بنفسه لاضمن غيره، فمثلا (السكر في ضمن القصب) موجود لكن ليس له وجود مستقل.

٤- أن يكون الموهوب معلومًا.

٥- أن يكون مما يصح تملكه.

٦- أن يكون مملوكًا للواهب نفسه.

---

(١) الفروع لابن مفلح ٢/٩٠٥.

(٢) شرح النيل لأطفيش ٢٢/٢٥٨، والعكس: هو أن كل ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته، فلا يقول به أصحاب هذا الرأي، أي فيجوز عندهم أن يكون الشيء لا يجوز بيعه، ولكن تجوز هبته، وهذا رأي المالكية أيضًا كما سيأتي في الشرح.

(٣) المعاملات لأحمد إبراهيم ص ٢٥٦، وانظر: مغني المحتاج ٢/٣٩٦، المغني ٥/٥٩١، حاشية ابن عابدين ٤/٥٣٠، شرح المجلة لعلي حيدر ٢/٣٨٨ (م ٨٣٣).

٧- أن يكون الموهوب مما يمكن حيازته.

٨- أن يكون الموهوب مقبوضًا[١].

هذه جملة الشروط للشيء الموهوب، وقد أشار إليها ابن حزم بقوله: «لا تجوز هبة إلا في موجود، معلوم، معروف القدر والصفات والقيمة، وإلا فهي باطل مردودة»[٢].

وقد قال بهذا الضابط: الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية[٣]، ويوجد عندهم اختلاف في اشتراط بعض الشروط المذكورة، كما يوجد أيضًا اختلاف من جهة أن بعض هذه الشروط: هل هي شروط صحة أم شروط نفاذ؟ وبالجملة: فليس لذلك أثر كبير على مضمون الضابط؛ إذ سيظهر من خلال التطبيقات ما يتخرج من جملة من الأحكام على الضابط عند هؤلاء القائلين به.

هذا، وذهب المالكية والإباضية إلى أنه يجوز هبة ما لا يجوز بيعه[٤]، فهما موافقان للقائلين بالضابط في الشطر الأول منه، بخلاف الشطر الثاني[٥]،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١١٩-١٢٦، المغني ٥/٣٨٣-٣٨٥، التاج المذهب لابن المرتضى ٥/١٧٣-١٧٥، المعاملات لأحمد إبراهيم ص ٢٥٨-٢٦٠، الفقه الإسلامي للزحيلي ٥/٣٩٨٨-٤٠٠٠.

(٢) المحلى ٩/١١٦.

(٣) انظر: التجريد ٨/٣٨١٥، التحقيق الباهر ١/٤٢٥، روضة الطالبين ٥/٣٧٣، الأشباه للسيوطي ١/٤٦٩، الإقناع للحجاوي ٣/٣٣، السيل الجرار ٣/٢٩٣.

(٤) انظر: القوانين الفقهية لابن جُزي ١/٢٤١، بداية المجتهد ٢/٢٤٨، شرح النيل لأطفيش ٢٢/٢٥٨.

(٥) وسيأتي بيان دليلهم في فقرة الأدلة الآتية، ويتخرج على قول هؤلاء: جواز صحة هبة المجهول وهبة المعدوم المتوقع الوجود مع عدم جواز بيعهما، مثل أن يهب الرجل حصته من الميراث، أو يهب نصيبه من دار وهو لا يدري مقدار الموهوب في الحالين، أو يهب غلة الشجرة قبل بدو صلاحها، وكذلك الزيت الذي سيخرج من الزيتون، فكل ذلك جائز هبته وإن كان لايجوز بيعه عندهم؛ لأن الغرر في الهبة يُحتمل بخلاف البيع. انظر: بداية المجتهد ٢/٢٤٨، شرح الحطاب ٦/٥١، جواهر الإكليل لصالح عبد السميع ٢/٢١٢.

ويستدلون بأن الغرر في الهبة جائز، بخلاف البيع(١)؛ لأن الهبة أسهل من البيع(٢).

فيتخرج على قولهم: جواز صحة هبة المجهول، وكذا هبة المعدوم المتوقَّع الوجود، مع أنه لا يجوز بيعهما، مثل أن يَهَب الرجل حصته من الميراث، أو يَهَب نصيبه من دار، وهو لايدري مقدار الموهوب في الحالين، أو يَهَب غلَّة الشجرة قبل بدوِّ صلاحها، أو يَهَب الزيت الذي سيخرج من الزيتون، فكل ذلك جائزٌ هبته عندهم وإن كان لا يجوز بيعه؛ لأن الغرر في الهبة يُحتمل بخلاف البيع(٣).

أدلة الضابط :

١- باب الهبة أوسع من باب البيع، فكل ما يصح بيعه يصح هبته من باب أولى.

٢- الهبة عقد تمليك كالبيع، فما لا يصح تمليكه بالبيع لا يصح تمليكه بالهبة(٤).

تطبيقات الضابط :

١- لا تصح هبة ما ليس بمتقوَّم كالخمر، ولا ما ليس بمال أصلا كالميتة(٥).

---

(١) انظر: جواهر الإكليل ٢/٢١٢، بداية المجتهد ٢/٢٤٦.

(٢) انظر: جواهر الإكليل ٢/٢١٢، شرح النيل لأطفيش ٢٢/٢٥٨.

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٤٨، شرح الحطاب على مختصر خليل ٦/٥١، جواهر الإكليل لصالح عبد السميع ٢/٢١٢.

(٤) انظر: نهاية المحتاج ٥/٤١١، ٤١٢، المغني ٥/٣٨٣-٣٨٥.

(٥) بدائع الصنائع ٦/١١٩.

٢- تصح هبة المصحف؛ لأنه يصح بيعه[١].

٣- تصح هبة المشاع سواء أمكن قسمته أو لم يمكن؛ لأنه يجوز بيعه فجازت هبته، ولأن القبض فيه يصح كالقبض في البيع[٢].

٤- لو وَهَب دقيقًا في قمحٍ، أو دُهنَ السمسم، وزيتَ الزيتون قبل عَصْرهما، لم يصح كالبيع؛ لأنه وإن كان له وجود في ذاته، إلا أنه وجود ضمني؛ فيعتبر في حكم المعدوم[٣].

٥- لا تجوز هبة الشيء المغصوب إذا لم يكن قادرًا على انتزاعه من الغاصب؛ لأنه معجوز عن تسليمه، ولأنه يفتقر إلى القبض، وهو غير ممكن؛ فلا يصح هبته كما لا يصح بيعه[٤].

٦- لا تصح هبة الحمل في البطن، واللبن في الضرع؛ لأنه مجهول معجوز عن تسليمه[٥].

٧- إذا قال رجل لآخر: وهبتُ لك نصف مالي أو جميع مالي - وهو غير معلوم - لم تصح هبته؛ لأن ما لا يصح بيعه لا تصح هبته[٦].

٨- إذا أراد الأب هبة شيء من مال ولده قبل تملُّك الأب له، لم يصح، كما لا يصح له بيعه؛ لأنه تصرف من الأب في مال غيره، ولأن ملك الابن تام على مال نفسه، بل لو كان الابن صغيرًا لم يصح أيضًا؛ لأن

---

(١) التحقيق الباهر ٤٢٥/١، وانظر: المهذب ٢٦١/١-٢٦٤.

(٢) المغني ٣٨٣/٥، بداية المجتهد ٢٤٨/٢، الوسيط ٢٦٧/٤، المحلى ١٤٩/٩، شرائع الإسلام للحلي ١٦٩/٣.

(٣) انظر: المغني ٣٨٣/٥، المعاملات لأحمد إبراهيم ص ٢٥٩.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٣٩٩/١، المغني ٣٨٣/٥.

(٥) انظر: المغني ٣٨٣/٥، المحلى ١١٦/٩.

(٦) إعانة الطالبين ٢٥٢/٣.

الأب لا يملك التصرف بما لا حظ للصغير فيه، وليس من الحظ هبة ماله[١].

٩- لا يصح التوقيت في الهبة، كأن يقول: وهبتُك هذا سنة ثم آخذه منك، لم يصح؛ لأن الهبة عقد تمليك لعين، فلم يصح مؤقتًا كالبيع[٢].

١٠- يجوز هبة الديون التي استقر ملك الدائن عليها؛ لكون المدين قد قَبَض الشيء المقابل لها، كالأجرة بعد استيفاء المستأجر للمنفعة، وثمنِ المبيع بعد قبض المشتري للمبيع، والمهر بعد الدخول، ونحو ذلك، فيجوز للدائن أن يهب هذه الديون لمن هي في ذمته؛ لأن الدَّين مملوك للدائن في هذه الصور وقت الهبة، فجاز هبتها للمدين؛ قياسًا على جواز بيعها له؛ إذ يكون ذلك في حال البيع من باب بيع المبيع بعد القبض، وهو جائز، وما يجوز بيعه يجوز هبته[٣].

استثناءات من الضابط:

يستثنى من الشطر الأول من الضابط وهو «ما يجوز بيعه يجوز هبته»، ما يأتي، فيجوز بيعه ولا يجوز هبته:

---

(١) انظر: المغني ٣٩٦/٥، المعاملات لأحمد إبراهيم ص ٢٥٩.

(٢) انظر: المغني ٣٨٣/٥.

(٣) انظر: الأشباه للسيوطي ٣٣١/١، المبدع ١٩٨/٤، حاشية ابن عابدين ١٥٢/٥، المعاملات لأحمد إبراهيم ص ٢٦٤، أصول المداينات لنزيه حماد ص ١٣٨، شرح النيل لأطفيش ٢٥٤/٢٢، شرائع الإسلام ١٦٩/٣، ويجوز أيضًا هبة هذه الديون لمن هي في ذمتها قبل استقرار ملك الدائن عليها، كالأجرة قبل استيفاء المنفعة، والثمن قبل قبض المبيع، والمهر قبل الدخول؛ لأنها حينئذ تعتبر إسقاطًا للدين عن المدين. انظر: أصول المداينات لنزيه حماد ص ١٤٩.

١- مال المريض مرض الموت، يجوز له بيعه ولا يصح له التبرع به[١].

٢- المرهون يجوز بيعه للضرورة، ولا يجوز هبته لا من المرتهن ولا من غيره[٢].

٣- القيِّم والوصيُّ على مال الطفل، يصح منهما بيع ماله لا هبته[٣].

ويستثنى من الشطر الثاني من الضابط وهو«ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته»، ما يلي، فلا يجوز بيعه ولكن تجوز هبته:

١- الثمار قبل بدوّ الصلاح: لا يجوز بيعها من غير شرط القطع، ويجوز هبتها[٤].

٢- لا يصح بيع المتحجِّر ما تَحَجَّره؛ لأن حق الملك لا يباع، ويجوز هبته[٥].

٣- لا يصح بيع إحدى الضرَّتين نوبتها للأخرى، ويصح هبتها لها[٦].

٤- لا يجوز - عند الزيدية - بيع لحم الأضحية، وتجوز هبته[٧]؛ وكذا لا يجوز عندهم بيع حق الشفعة، وتجوز هبته[٨].

٥- يمكن أن يقال بتخريج جواز التأمين التعاوني؛ بناء على الاستثناء من هذا الشطر الثاني للضابط، وذلك أن التأمين التعاوني تبرع، فهو من

---

(١) انظر: الأشباه للسيوطي ٤٦٩/١.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٣٩٩/٢.
(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٩٩/٢.
(٤) انظر: مغني المحتاج ٣٩٩/٢.
(٥) الأشباه للسيوطي ٤٦٩/١، مغني المحتاج ٣٩٩/٢.
(٦) انظر: الأشباه للسيوطي ٤٦٩/١.
(٧) انظر: السيل الجرار ٢٩٣/٣، التاج المذهب لابن المرتضى ١٧٣/٥.
(٨) انظر: التاج المذهب ١٧٣/٥.

قبيل الهبة، فيجوز، بخلاف التأمين التجاري؛ فإنه من قبيل البيع، وهو غير جائز لمحاذير عديدة، ومنها الغرر(١)، فهنا تحققت صورة من صور جواز هبة ما لا يجوز بيعه.

د. محمد يحيى بلال

* * *

(١) ليس الغرر هو السبب الوحيد في منع التأمين التجاري، بل هناك محاذير أخرى لا يتسع المقام لعرضها، ثم إن الغرر، وإن كان موجودا في التأمين التعاوني أيضًا، فإنه أُجيز بناء على أن هذا التأمين اعتُبر من قبيل الهبات، والغرر يُحتمل في الهبة، بخلاف البيع؛ فإنه منهي عنه فيه بالاتفاق.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٤٠٨

نص الضابط: هِبَةُ الدَّينِ تَصِحُّ، كَمَا يَصِحُّ رَهْـنُهُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- تجوز هبة الدين الشرعي لمن هو عليه ولغيره[٢].

٢- تصح هبة الدين[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- هبة الدين ممن عليه الدين بمنزلة الإبراء[٤]. (بيان).

٢- هبة ما في الذمة غير صحيح[٥]. (صيغة مخالفة أعم).

---

(١) التاج والإكليل للمواق ٨/٧.

(٢) شرح خليل للخرشي ٧/١٠٣ وفي الفتاوى الهندية ٤/٣٨٤ «هبة الدين ممن عليه الدين جائزة» وفي المبسوط للسرخسي ٢٠/٩٢ «هبة الدين من غير من عليه الدين جائزة».

(٣) جامع الأمهات لابن الحاجب ١/٤٥٣ ومواهب الجليل للحطاب ٦/٥٢ وفي القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٤٠ «تجوز هبة الدين» وفي الفتاوى الهندية ٤/٣٨٤ «هبة الدين يجوز وإن كان مشاعًا».

(٤) المبسوط ١٢/٨٤ وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ٣/٩٦ ومنحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين ٤/٣٥٩ «هبة الدين كالإبراء منه» وفي المبسوط ٢٠/١٠٠ وغمز عيون البصائر ٣/٩٧ «هبة الدين إسقاط».

(٥) مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٠٠ وفي حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٤٨٢: «هبة الموصوف لا تصح».

٣- هبة الدين لغير المدين باطلة[١]. (صيغة مخالفة أخص).

٤- هبة الدين لغير من هو عليه لا يجوز، ولمن هو عليه يجوز[٢]. (صيغة مخالفة أخص).

٥- لا يصح تمليك الدين إلا ممن هو عليه[٣]. (أعم).

شرح الضابط:

(هبة الدين) المراد بها تمليك أو إسقاط ما في الذمة بلا عوض[٤]، وهي إما أن تكون للمدين، وإما أن تكون لغيره:

أ- فإن كانت للمدين، فإنها صحيحة وتُعتبر إبراء وإسقاطًا، أو تمليكًا من وجه وإسقاطًا من وجه، على خلاف فقهي مشهور، حيث اعتبرها الشافعية والحنابلة إبراء وإسقاطًا؛ نظرًا للمعنى، وعلى ذلك نصُّوا على أنها لا تفتقر إلى

(١) مغنى المحتاج ٢/٤٠٠ وأسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٨٢ ونهاية المحتاج للرملي ٥/٤١٣ وتحفة المحتاج للهيتمي ٦/٣٠٥ وفي الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية (م/٥١١): هبة الدين ممن ليس عليه الدين باطلة وفي مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص٣١٠ (م/٨٩٣): لا تصح هبة الدين لغير المدين وفي الفروع لابن مفلح ٦/٣٣٢ والمبدع لابن مفلح ٤/١٩٩ والإنصاف للمرداوي ١٢/٢٩٥: «لا تصـح هبـة دين لغير غريم» وفي الشرح الكبير على المقنع لابن قدامة ١٧/٢٩ وكشاف القناع للبهوتي ٣/٢٩٣ والإنصاف ١٧/٣١: «لا تصح هبة دين لغير من هو في ذمته» وفي تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٤٦: «هبة الدين مِن غير مَن عليه الدين لا تصح».

(٢) الحاوي للماوردي ٩/٤٢٣ وفي روضة الطالبين للنووي ٥/٣٧٤ وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣/٥٩٧: «هبة الدين لغير من هو عليه لا تصح».

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/١٦٦ وفيه أيضًا في الموضـع نفسه وكذلك في ترتيب اللآلي لابن ناظر زاده ١/٥٤٩ وشرح المجلة للأتاسي ٣/٣٦٠: «تمليك الدين من غير من عليه الدين، لا يجوز» وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٢٥ وترتيب اللآلي ٢/٩٥٨: «لا يصح تمليك الدين مِن غير مَن هو عليه» وفي شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢/٢٤٨: «تمليك الدين لغير المدين لا يصح» وفي تبيين الحقائق ٤/٨٣: «لا يجوز تمليك الدين مِن غير مَن عليه الدين بعوض أو بغير عوض».

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٨٣.

القبول، كالعتق، والطلاق، وترك الأخذ بالشفعة[١].

وقال المالكية: هي إبراء للمدين لكن لا بد من قبول المدين لذلك؛ لأن الإبراء يحتاج إلى قبول؛ لأنه نقل للملك، وهذا هو الراجح في المذهب، وقيل في وجه عندهم: إن هبة الدين من المدين إسقاط للحق عنه، فلا يحتاج للقبول، كالطلاق والعتق، فلا تحتاج المرأة لقبول فضِّ العصمة، ولا العبد لقبول الحرية[٢].

وقال الحنفية: هي تمليك من وجه وإسقاط من وجه؛ وعلى ذلك فإنها تتم بدون توقف على قبول المدين؛ لما فيها من معنى الإسقاط، ولكنها ترتدُّ بردِّه؛ لما فيها من معنى التمليك[٣].

ب- وأما إذا كانت هبة الدين لغير مَن عليه الدين، فهو محل الخلاف على قولين:

القول الأول: أنها جائزة، وهو مذهب الحنفية والمالكية (بشروط وقيود عندهما كما سيأتي إيضاحه بعد قليل)، وذهب إلى هذا القول: أبو ثور، وأحمد في رواية عنه - صححها الحارثي واختارها صاحب (الفائق)، وهي مقتضى اختيار ابن تيمية، كما أنه رأي مقابل للأصح عند الشافعية منقول عن نص (الأم)، وصححه جمع من الشافعية، واختاره الشيخ زكريا الأنصاري في (المنهج)[٤].

---

(١) روضة الطالبين٥/٣٧٤، نهاية المحتاج ٥/٤١٣، أسنى المطالب ٢/٤٨١، تحفة المحتاج ٦/٣٠٥، شرح المنهج لزكريا الأنصاري ٣/٥٩٧، المبدع ٥/٣٦٥، الإنصاف ١٢/٢٩٥ و١٧/٢٨، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٢٢، كشاف القناع ٤/٣٣٦.

(٢) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٤/١٤٢، شرح خليل للخرشي ٧/١٠٣.

(٣) شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢/٢٤٧، شرح المجلة للأتاسي ٣/٣٥٩، درر الحكام لعلي حيدر ٢/٣٦٤.

(٤) حاشية ابن عابدين ٤/١٦٦، ترتيب اللآلي ١/٥٤٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٢٥، أسنى=

وأما ما يتعلق بإيضاح مذهبي الحنفية والمالكية في جواز هبة الدين لغير المدين بشروط وقيود، فبيان ذلك كما يلي:

اشترط الحنفية لجواز هبة الدين لغير المدين: أن يأذن الواهب للموهوب له (وهو غير المدين) بقبض ذلك الدين من المدين صراحة، بأن يقول له: (اذهب فخذه من المدين) فإذا ذهب الموهوب له (غير المدين) في هذه الحالة، وقبض الدين من المدين، تتم الهبة لهذا الشخص الموهوب له(١).

أما المالكية: فتصح عندهم هبة الدين لغير المدين، إذا أشهد الواهب على الهبة، ودفع للموهوب وثيقة الدين (ذُكْـر الحق)، وجمع بين الموهوب له والغريم(٢).

فإذا كان لشخص مائة ريـال دَينًا عند آخر، وأراد أن يهبها لأخيه مثلا، فالأكمل في ذلك أن يُشهِد على الهبة، وأن يجمع بين أخيه وبين المدين إن كان حاضرًا ويُحيله، ويعطي أخاه سند الدين إن كان معه سند، وبذلك تتم الهبة اتفاقًا عندهم(٣).

وكذا إذا أشهد الواهب على الهبة، وأقـبضه الوثيقة، وأحاله على غريمه،

= المطالب مع حاشية الرملي عليه ٤٨١/٢، نهاية المحتاج ٤١٣/٥، تحفة المحتاج ٣٠٥/٦، شرح المنهج للأنصاري وحاشية الجمل عليه ٥٩٧/٣، مغنى المحتاج ٤٠٠/٢، الفروع ٣٣٢/٦، المبدع ١٩٩/٤، الإنصاف ٢٩٤/١٢ و٣١/١٧، الإشراف لابن المنذر ٣٩٢/١.

(١) انظر: المجلة العدلية (م/٨٤٨)، بدائع الصنائع للكاساني ١١٩/٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم مع غمز عيون البصائر ٨٨/٣-٨٩ و١٣/٤-١٥.

(٢) المدونة لسحنون ١٢٦/٦، مناهج التحصيل للرجراجي ٣٧٧/٩، الإشراف لابن المنذر ٣٩٢/١، الشرح الصغير للدردير ١٤٢/٤، المعتمد في هذه الشروط الثلاثة: أن الشرطين الأولَين هما شرط صحة، أما الشرط الثالث، وهو الجمع بين الموهوب له والغريم فشرطُ كمال. انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١٤٢/٤.

(٣) انظر: الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري ١٢٩/٣.

فإن لم يكن هناك وثيقة بالدين، والمدين غائب، فيكفي الإشهاد على الهبة والإحالة[١].

قال البراذعي في (التهذيب): «وإنْ كان الدَّين على غيرك، فوَهَبه لك، فإن أشهد لك، وجمَع بينك وبين غريمه، ودَفَع إليك ذُكر الحق إن كان عنده، فهذا قبضٌ وإن لم يكن كَتَب عليه ذُكر حق، فأشهد لك، وأحالك عليه، كان ذلك قبضًا، وكذلك إن أحالك به عليه في غيبته، فأشهد لك، وقبضتَ ذُكر الحق؛ فهكذا تُقبض الديون»[٢].

القول الثاني: أنها غير جائزة، وهو مذهب الشافعية في الأصح المعتمد، والحنابلة على المذهب، وبه يقول الحسن بن صالح[٣].

ج- هذا، ويرى ابن حزم: أنه لا يجوز هبة الدين بلفظ «الهبة» (أو ما يفيد معنى الهبة) مطلقًا سواء للمدين أم لغير المدين، لكن يجوز هذا في حق المدين فقط بلفظ «الإبراء»، أو «العفو»، أو «الإسقاط»، أو «الوضع»، أو «الصدقة».

وفي ذلك يقول ابن حزم: «ومن كان له عند آخر حق في الذمة: دراهم أو دنانير أو غير ذلك، أو أي شيء كان، فقال له: قد وهبتُ لك ما لي عندك، أو قال: قد أعطيتُك ما لي عندك -أو قال لآخر[٤]: قد وهبتُ لك ما لي عند فلان، أو قال: أعطيتُك ما لي عند فلان، فلا يلزم شيء من ذلك لما ذكرنا؛ لأنه لا يدري

---

(١) المدونة ١٢٦/٦ ومناهج التحصيل للرجراجي ٣٧٧/٩ والإشراف لابن المنذر ٣٩٢/١.

(٢) التهذيب للبراذعي ٣٤٨/٤.

(٣) مغنى المحتاج ٤٠٠/٢ ونهاية المحتاج ٤١٣/٥ وروضة الطالبين ٣٧٤/٥ والحاوي ٤٢٣/٩ وأسنى المطالب مع حاشية الرملي عليه ٤٨٢/٢ والإشراف لابن المنذر ٣٩٢/١ وتحفة المحتاج ٣٠٥/٦ والشرح الكبير على المقنع ٢٩/١٧ والمغني ٤٩٤/١٣ وكشاف القناع ٢٩٣/٣ والإنصاف ٢٩٤/١٢ والمبدع ١٩٩/٤ وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٢٢/٢ والفروع ٣٣٢/٦ ومطالب أولي النهى للرحيباني ٢٢٩/٣.

(٤) هذا الآخَر هو غير المدين كما هو واضح من الصيغة.

ذلك الحق الذي له عند فلان في أيِّ جوانب الدنيا هو، ولعله في ملك غيره الآن؟
- وإنما يجـوز هذا[(١)] بلفظ: الإبراء، أو العفو، أو الإسقاط، أو الوضع، ويجوز أيضًا بلفظ «الصدقة»[(٢)].

ويظهر أن رأيه هذا مبني على ما قاله في بداية (كتاب الهبات) من (المحلى) أنه: «لا تجوز هبة إلا في موجود معلوم معروف القدر والصفات والقيمة، وإلا فهى باطل مردودة»، ثم قال: «والهبة والصدقة والعطية يقتضي كل ذلك موهوبًا ومتصدَّقًا، فمن أعطَى معدومًا أو تَصدَّق بمعدوم فلم يُعطِ شيئًا، ولا وَهَب، شيئًا ولا تَصدَّق بشيء، وكذلك من أعطَى أو تَصدَّق بدرهم من هذه الدراهم، أو برطل من هذا الدقيق، أو بصاع من هذا البُرِّ، فهو كله باطل؛ لما ذكرنا؛ لأنه لم يوقع صدقته ولا هبته على مكيلٍ بعينه، ولا موزون بعينه، ولا معدود بعينه، فلم يَهَبْ ولا تَصَدَّق أصلا»[(٣)].

وعلى هذا: فيرى ابن حزم أن «هـبـة الدين» هي هبة بما ليس بموجود عند الواهب وقت الهبة، فهي هبة بشيء معدوم، كما أنها هبة بما ليس بمعلوم للواهب لقول ابن حزم فيما سبق: أن الواهب «لا يدري ذلك الحق الذي له عند فلان (أي المدين) في أيِّ جوانب الدنيا هو، ولعله في ملك غيره الآن»، كما أنها هبة بما ليس بمتعين؛ لأن الدين في الذمة، «وما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض»[(٤)]، فصارت هبة الدين- على رأي ابن حزم - هبة بشيء غير موجود، ولا معلوم، ولا متعين.

أما الألفاظ الأخرى التي ذكرها ابن حزم للجواز في هذه المسألة (كلفظ

---

(١) أي بالنسبة للمدين فقط، كما هو واضح من السياق؛ إذ لا معنى لقول الدائن لغير المدين: أبرأتُك، أو عفوتُ عنك، إلى آخره.
(٢) المحلى لابن حزم ٩/١١٧.
(٣) المحلى ٩/١١٦.
(٤) غمز عيون البصائر للحموي ٤/١١.

الإبراء أو العفو) فهي إسقاط للدين عن المدين، فلا يشترط فيها ما يشترط في «الهبة»؛ إذ يُغتفر في الإسقاطات ما لا يُغتفر في التمليكات.

وفي الواقع: لا يظهر وجه معقول لتفريق ابن حزم بين لفظ «الهبة» وبين تلك الألفاظ الأخرى، اللهم إلا أن يقال: إنه مبني على ما هو معروف من منهجه الغالب في التمسك بظاهر الألفاظ، وإلا فمآل الأمر في تلك الألفاظ كلها (سواء لفظ «الهبة» أو الألفاظ الأخرى) يعود إلى نتيجة واحدة، وهي إعفاء المدين من الدَّين، فما معنى أن ذلك لا يجوز بلفظ «الهبة»، ويجوز بألفاظ أخرى عديدة؟!

ومن هنا نرى وجاهة إطلاق بعض أهل العلم القول بجواز إسقاط الدين بأي لفظ كان، بما في ذلك لفظ (الهبة والصدقة والعطية) حين يراد بهذه الألفاظ معنى الإسقاط لا معنى التمليك، ففي (شرح منتهى الإرادات) للبهوتي: «من أبرأ مدينه من دينه، أو وهبه - أي الدَّين - لمدينه، أو أحلَّه منه، أو أسقطه عنه، أو تركه له، أو تصدَّق به عليه، أو عفا عن الدين: صح ذلك جميعه، وكان مسقطًا للدين، وإنما صح بلفظ الهبة والصدقة والعطية؛ لأنه لـمّا لم يكن هناك عين موجودة يتناولها اللفظ انصرف إلى معنى «الإبراء»، قال الحارثي: ولهذا لو وَهَبه دَيـنه هبة حقيقية لم يصح؛ لانتفاء معنى الإسقاط، وانتفاء شرط الهبة»[1].

ثم إن قول ابن حزم في عدم جواز هبة الدين لغير المدين: «لأنه لا يدري ذلك الحق الذي له عند فلان في أيِّ جوانب الدنيا هو، ولعله في ملك غيره الآن»، كلام لا تظهر وجاهته، فضلا عن أنه خلاف المتصور في الواقع المعاصر كما هو معلوم.

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٢٢.

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [النساء: ٤].

وجه الاستدلال: أن الله تعالى لـمّا أمر الأزواج بإعطاء نسائهن مهورهن، عقَّبه بذكر جواز قبول إبراء المرأة لمهرها عن الزوج، وكذلك هبة المرأة لمهرها للزوج، فمعنى قوله تعالى: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾، أي: «فإن طابت أنفسهن لكم عن شيء من المهر فوَهَـبْـنَه لكم، فخذوه وتصرَّفوا فيه، فهو حلال طيب»(١).

فإطلاق قوله تعالى: ﴿فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ يقتضي «جواز هبتها للمهر من أي جنس كان، عينًا أو دَينًا، قبضتْه أو لم تقبضه» كما قاله الجصاص(٢).

«فدلت هذه الآية على جواز هبة الدَّين والبراءة منه، كما جازت هبة المرأة للمهر، وهو دَينٌ» على ما صرَّح به الجصاص أيضًا(٣).

٢- حديث جابر، رضي الله عنه، المشهور في استشهاد أبيه، رضي الله عنه، يوم أحد، وكان عليه دَين، وفي ذلك يقول جابر، رضي الله عنه،: «قُتل أبي وعليه دَين، فسأل النبي ﷺ غرماءه أن يقبلوا ثمر حائطي ويُـحـلِّلوا أبي، فلم يقبل الغرماء ذلك» الحديث(٤).

هذا الحديث رواه الإمام البخاري في: (باب إذا وَهَب دَينًا على رجل).

---

(١) التفسير الميسر (سورة النساء، الآية ٤) وانظر: تفسير الجلالين ص٩٨.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣٥٢/٢.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣٥٢/٢.

(٤) رواه البخاري ١١٧/٣ (٢٣٩٥) ومواضع أخر، ومسلم ٤١/٧ (٥٢٥٥) وقول جابر، رضي الله عنه، المذكور أعلاه، أورده البخاري هكذا معلَّقًا في (كتاب الهبة- باب إذا وَهَب دَينًا على رجل) ثم ساق الحديث موصولا في الباب نفسه.

ووجه الاستدلال به على ما أراده البخاري من(هبة الدَّين)، أن النبي ﷺ سأل غرماء والد جابر أن يقبضوا ثمر حائطه ويحلِّلوه من بقية دينه، فلم يقبلوا ذلـــك، ولو قبلوه كان في ذلك إبراء ذمة والد جابر من بقية الدين، ويكون حينئذ في معنى تبويب البخاري، وهو هبة الدين، ولو لم يكن جائزًا لما طلبه النبي ﷺ(١).

٣- حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «من كان لأحد عليه حق، فَلْيُعطه إياه أو ليتحلَّلْه منه»(٢).

هذا الحديث أورده البخاري معلَّقًا في الباب نفسه «باب إذا وَهَب دينًا على رجل» الذي ساق فيه حديث جابر المتقدم.

قال ابن حجر: «ووجه الدلالة منه لجواز هبة الدَّين: أنه ﷺ سَوَّى بين أن يعطيه إياه، أو يحلِّله منه»(٣).

٤- أن هبة الدين إن كانت للمدين نفسه فهي جائزة عند الفقهاء بلا خلاف؛ لأنها تُعتبر بمثابة إسقاط الدائن لحقه عن المـَدين وإبرائه عنه، وهو تصرف مشروع للدائن لا إشكال فيه البتة؛ ولهذا كان محل اتفاق بين أهل العلم، ولا حاجة في هذه الحالة لتجديد القبض من طرف المدين لهذه الهبة؛ لأن الدين أصلا مقبوض في ذمته، فيتم قبض الهبة بواسطة قبض الذمة(٤).

---

(١) انظر: عمدة القاري للعيني ١٣/١٥٩، فتح الباري لابن حجر ٥/٢٢٤.

(٢) أورده البخاري بنحوه معلقا ٢/٩١٨ كتاب "الهبة" - باب إذا وَهَب دَينًا على رجل وهو موصول في مسند مسدّد كما في فتح الباري ٥/٢٢٤ وتغليق التعليق ٣/٣٦٠-٣٦١ وروى البخاري هذا الحديث بمعناه عن أبي هريرة، رضي الله عنه، أيضًا مرفوعا وهو قوله ﷺ: «من كانت له مظلمة لأحد من عرضه أو شيء فليتحلله منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم» الحديث.

(٣) فتح الباري ٥/٢٢٤.

(٤) انظر: فتح الباري ٥/٢٢٤ وعمدة القاري ١٣/١٥٩ والفتاوى الهنديـــة ٤/٣٨٤ وبـــدائع الصنائع ٦/١١٩ ومغني المحتاج ٢/٤٠٠ وشرح خليل للخرشي ٧/١٠٣وكشاف القناع ٤/٣٣٦.

أما إن كانت هبة الدين لغير المدين، فوجه جوازها: أنها تعتبر توكيلا من الدائن للموهوب له (غير المدين) في قبض الدين من المدين؛ ولهذا يُجبر المدين على تسليم الدين لهذا الشخص؛ فيصير حينئذ هذا الشخص وكيلا في القبض عن الدائن الواهب، وبمجرد قبضه يصير ذاك الدَّين المقبوض عينًا في يد هذا القابض؛ ويصير هو حينئذ أصيلا في القبض لنفسه بحكم الهبة؛ وتنتقل ملكية الدَّين الموهوب إليه(١).

٥- وقد استدل القائلون بمنع جواز هبة الدين لغير المدين، بأن القبض شرط جواز الهبة، والدين الموهوب هنا غير مقدور التسليم من جهة الواهب للموهوب له؛ لأنه في الذمة، وما في الذمة لا يحتمل القبض، وهبة ما لا يُقدر على تسليمه باطلة(٢)، وهذا بخلاف هبة الدين للمدين نفسه؛ لأن الدين في ذمته، فقبضه حاصل له بواسطة قبض الذمة(٣).

وأُجيب عن ذلك: بأن ما في الذمة صالح للقبض؛ لأن الذمم تجري مجرى الأعيان بدليل صحة البيع والشراء فيهما(٤).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٢٥، غمز عيون البصائر ١٣/٤، حاشية ابن عابدين ١٦٦/٤، ترتيب اللآلي ٩٥٨/٢، شرح المجلة للأتاسي ٣٦٠/٣، بدائع الصنائع (ط دار الكتب العلمية) ١١٩/٦.

(٢) مغنى المحتاج ٤٠٠/٢، شرح المنهج للأنصاري مع حاشية الجمل عليه ٥٩٧/٣، الشرح الكبير على المقنع ٢٩/١٧، المغني ٤٩٤/١٣، كشاف القناع ٢٩٣/٣، الإنصاف ٢٩٤/١٢، بدائع الصنائع ١١٩/٦.

(٣) بدائع الصنائع ١١٩/٦.

(٤) انظر: أسنى المطالب مع حاشية الرملي ٤٨٢/٢.

تطبيقات الضابط :

أ - صور هبة الدين للمدين :

١- إذا وَهَب أحد دينه للمديون، تصح الهبة، ويسقط عنه الدين في الحال، وتكون الهبة بمعنى الإبراء مجازًا[١].

٢- لو وَهَب الدائن مديونه الدَّين عند ما بلغته وفاته، ثم ثبت بعد ذلك أن المديون حيٌّ، فليس له أخذ دينه في هذه الحالة؛ لأن الدين الموهوب سقط، والساقط لا يعود[٢].

٣- لو وَهَب أحد الشركاء الدائنين حصته في الدين المشترك للمديون صحت الهبة[٣]، كذلك لو توفي أحد من الدائنين قبل أن يأخذ دينه الذي في ذمة المديون، ووَهب الورثة ذلك الدين للمديون؛ كانت الهبة صحيحة في حصته[٤].

٤- لا حاجة في تمام هبة الدين للمديون، أن يقول المديون: قبلتُ الهبة، حتى إنه لو تُوفِّي المديون قبل القبول، لزمت الهبة[٥].

٥- لو كان للدائن على مديونه ألف ريـال معجلة، وألف أخرى مؤجلة، وقال الدائن للمديون بدون تعيين: وهبتُك خمسمائة ريـال، فتسقط مائتان وخمسون من المعجل، ومائتان وخمسون من المؤجل[٦].

---

(١) المجلة العدلية (م/٨٤٨)، مغنى المحتاج ٢/٤٠٠، شرح خليل للخرشي ٧/١٠٣، الشرح الكبير على المقنع ١٧/٢٩، كشاف القناع ٣/٢٩٣.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤١٥ (م/٨٤٧).

(٣) درر الحكـام شرح مجلة الأحكام ٢/٤١٥ (م/٨٤٧)، الفتاوى الهندية ٤/٣٨٥، غمز عيون البصائر ٤/١١.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤١٥ (م/٨٤٧).

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤١٥ (م/٨٤٧).

(٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٤١٥ (م/٨٤٧)، الفتاوى الهندية ٤/٤٠٢.

٦- للدائن أن يَهَب دَينه لمديونه الحيِّ، كما أن له أن يَهَبه لمديونه الميت، وله أيضًا أن يهبه لبعض ورثة مديونه الميت أو لكلِّهم[١].

٧- لو وَهَب الدائن دينه لبعض ورثة المديون الميت، تكون الهبة لكلهم؛ وبناء عليه يستفيد جميع الورثة منه[٢].

٨- لو قَبَض الدائن الدين من المديون، ثم وهَبه له، صحت الهبة، وعليه فيسترد المديون ما أعطاه لدائنه، وكذلك لو تبرع رجل بقضاء الدين عن المدين، فوَهَب الدائن الدين للمدين بعد استيفاء الدين من هذا المتبرع، كانت الهبة صحيحة، ويسترد المتبرع ما أعطاه للدائن[٣].

٩- إذا وهب الدائن الدين للمديون فليس له الرجوع بعد ذلك ما لم تُرَدّ هذه الهبة من جانب المديون؛ لأن هذه الهبة إسقاط، والساقط لا يعود[٤].

١٠- إذا كان المهر دَينًا في ذمة الزوج، يجوز للمرأة أن تَهَبه له[٥].

ب - صور هبة الدين لغير المدين :

١- نص الحنفية والحنابلة على صحة هبة الدين من ضامن المدين[٦]، حيث جاء في (مطالب أولي النهى): «ولا يصح هبة الدين لغير المدين

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤١٦/٢(م/٨٤٧)، الفتاوى الهندية ٣٨٤/٤، غمز عيون البصائر ٨٨/٣.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤١٥/٢ (م/٨٤٧)، الفتاوى الهندية ٣٨٤/٤ .

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤١٦/٢(م/٨٤٧)، الفتاوى الهندية ٣٨٤/٤-٣٨٥.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤٧٧/٢ (م/٨٧٣).

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٣٥٢/٢.

(٦) تبيين الحقائق ١٤٦/٤، العناية على الهداية للبابرتي ٢٨٤/٦، مطالب أولي النهى ٣٩٦/٤.

إلا لضامنه به فيصح؛ لأنه في معنى الإسقاط»[١]، وقال الكمال بن الهمام: «لو وَهَب الدين للكفيل، صح، ويرجع الكفيل به على الأصيل»[٢]، ووجهُه «أن ربَّ الدين لـمّا وَهَبه للكفيل؛ صح، فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف، وجعلناه في حكم دينين، وأما قبل ذلك فلا ضرورة؛ فلا يُجعل في حكم دينين»[٣].

٢- إذا أحال الدائن الشخص الذي وهبه الدين على مدينه، يصح ذلك ويقبض الدين من المدين باعتباره مُحالا من الدائن عليه، وبمجرد القبض تنتقل ملكية الدين عليه[٤].

٣- إذا وَهَبت المرأة مهرها الذي على زوجها، لابنٍ صغير من هذا الزوج، صحت الهبة عند الحنفية؛ لأن هبة الدين من غير مَن عليه الدين تجوز عندهم إذا أَذِن الدائن للموهوب بقبضه، وفي الصورة المذكورة حصل الإذن بالقبض من جهة المرأة لهذا الابن الصغير الموهوب له، من جهة أن للأب ولاية القبض لولده الصغير، فكان قبضه كقبض الصغير، فكأن المرأة أَذِنت للصغير بالقبض[٥].

٤- لو قال الدائن لغير المدين: وهبتُ لك الدراهم التي لي على فلان فاقبضها منه فقَبَض مكانها دنانير، جاز؛ لأنه صار الحق للموهوب له، فيملك الاستبدال[٦].

---

(١) مطالب أولي النهى ٣/٢٢٩.
(٢) فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٨٣.
(٣) العناية ٦/٢٨٤.
(٤) رد المحتار ٤/١٦٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٤٢٦.
(٥) غمز عيون البصائر ٤/١٤-١٥.
(٦) غمز عيون البصائر ٤/١٣.

٥- لو وَهَبَ الدائن الدين الذي على فلان، على زيد بنية الزكاة، وأمره بقبضه، فقبضه، أجزأه ذلك عن الزكاة[1].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) غمز عيون البصائر ٤/١٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٠٩

نص الضابط: كُلُّ هِبَةٍ لَهَا وَجْهٌ غَيْرُ الثَّوَابِ فِي الأَغْلَبِ فَهِيَ مَحْمُولَةٌ عَلَيْهِ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- الهبة المطلقة لا تقتضي ثوابًا[٢]. (أعم).

٢- الأصل في الهبة عدم الثواب[٣]. (أعم).

٣- مبنى الهبة على أنها إذا اقتضت ملكًا انقطعت فيها علائق العقود[٤]. (أعم).

شرح الضابط:

هذا الضابط له تعلق بقاعدتين كليتين، أولاهما أعم من الأخرى، وهما:

١- الأمور بمقاصدها[٥].

---

(١) المنتقى للباجي ٦/١١٢ ط/دار الكتاب الإسلامي.

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٨.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٣٠.

(٤) نهاية المطلب للجويني ٨/٤٢٣ دار المنهاج للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٧م.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨.

٢- العبرة في العقود لمعانيها لا لصور الألفاظ[1].

ذلك أن الهبة عقد من العقود التي تلزم عند توافر الأركان والشروط مع انعدام الموانع.

والهبة إما مقيدة بالثواب ـ العوض ـ وإما مطلقة عنه.

فإن كانت مقيدة بالثواب فهي في حكم البيع عند الجمهور، خلافًا للظاهرية الذين لم يجيزوا هبة الثواب أصلا[2].

أما الهبة المطلقة عن العوض فهي تبرع.

والتبرع يختلف حكمه باختلاف أنواعه، فكانت النية والعادة والقرائن هي التي تحدد ذلك وتميزه.

فإن كان التبرع بنية الصدقة أو الهدية أو العطية أو صلة الرحم فلا إشكال.

أما إن كان خاليًا عن النية، فالعادة وقرائن الأحوال من الوسائل التي يلجأ إليها في تصنيف تلك الهبة.

وهذا المعنى هو الذي تظاهرت عليه عبارات الفقهاء، ومن ذلك قول أبي الوليد الباجي: «فإن أتى بلفظ محتمل للقربة وغيرها، كالهبة والنحل والعطية فإنْ قرن به ما يقتضي القربة، كقوله: هبة لله، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر، أو لصلة رحمه، فقد قال ابن الماجشون لا يعتصر هذا.

ووجه ذلك: أن هذا مال يخرج على وجه القربة، فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة»[3]، ويقول الخطيب الشربيني: إن ملَّك شخص بلا عوض شخصًا آخر محتاجًا؛ لأجل ثواب الآخرة فصدقة، فإن نقله إلى مكان الموهوب له

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٣.
(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٦٢.
(٣) المنتقى للباجي ٦/١١٦.

إكرامًا له فهدية[١]، وقال بعض الزيدية: «ما كان فيه قرينة حال تدل على عدم العوض، نحو ما يكون بين الزوجين والصديقين ونحوهما من التسامح، فالظاهر عدم العوض»[٢].

أدلة الضابط :

عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، قال: «من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب؛ فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرضَ منها»[٣].

وجه الدلالة من الخبر: هذا الخبر يقرر مبدأ اعتبار النية والقصد في الهبة، فهي محمولة على ما قصدت له من صلة أو صدقة أو معاوضة وثواب، فإذا أطلقت الهبة لم تقتضِ ثوابًا[٤]، ومعنى ذلك أنه ما لم يبيِّن وجه الثواب فهو على غير الثواب[٥].

تطبيقات الضابط :

١- الهبة للقريب من ذوي الأرحام ليست على الثواب، بل هي محمولة على صلة الرحم، إلا أن يرى الناس أنها للثواب، مثل: أن يطلب

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٥٥٩/٣.

(٢) التاج المذهب ٢٧٧/٣.

(٣) رواه مالك في الموطأ ٧٥٤/٢ (٤٢) والبيهقي في الكبرى ٣٠١/٦ (١٢٠٢٨)، قال ابن الماجشون: معنى قول عمر، رضي الله عنه: «فهو على هبته ما لم يرضَ منها»: يريد يعطى قيمتها، وقال مالك: إما ثواب مثلها، أو ردها ومعنى قوله: «ما لم يرضَ منها» على قول مطرف: ما لم يأخذ ما يرضيه، وإن كان قد أعطى أكثر من القيمة، ومعناه على قول مالك ما لم يعطِ ما هو رضا منها عند الناس، وذلك القيمة والرضا منها يعتبر في وجهين القدر والجنس. المنتقى للباجي ١١٣/٦- ١١٤.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٣٩٨/٥.

(٥) انظر: المنتقى ١١٢/٦.

الموهوب له شيئًا يستحسنه عند الواهب من ذوي رحمه، فيهبه إياه استقرارًا للعوض، فهذا محمول على الثواب[١].

٢- هبة أحد الزوجين للآخر إن كانت هبة مطلقة فهي محمولة على الصلة والتوادد دون العوض؛ إذ العرف جارٍ بأن كل واحد من الزوجين يتقرب إلى الآخر بالهدية، وهو يحب التقرب إليه، وبهذا قال الحنفية، وهي الرواية الأخرى عند المالكية[٢].

٣- العطية بلفظ الهبة أو الهدية محمولة على غير الثواب ما لم تقم بينة للمعطي تشهد له على أنه أراد الثواب[٣].

٤- الهبة بلفظ الصدقة لا ثواب فيها لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]، ومعنى ذلك أن مقتضاها القربة، وذلك ينافي العوض[٤].

٥- الهبة لليتيم ولو كانت من الأم فهي محمولة على الإشفاق عليه وخوف ضياعه دون العوض والثواب؛ فتكون من الأم بمثابة الصلة والقربة؛ فحكمها حكم الصدقة[٥].

٦- من أعطى سائلا أو محتاجًا على وجه الحاجة، فإن العطية بمنزلة الهبة، وإنما قصده بفعله سد خلة المحتاج؛ وذلك يفعل لابتغاء مرضاة الله تعالى ونيل ثوابه، وهو معنى ما روي عن عمر ﷺ: «من

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ١٠١/٥، المنتقى ١١٢/٦، التاج المذهب ٢٦٩/٣، الروضة البهية ١٩٥/٣.
(٢) انظر: تبيين الحقائق ١٠١/٥، المنتقى ١١٢/٦.
(٣) انظر: المنتقى ١١٢/٦.
(٤) انظر: المنتقى ١١٢/٦.
(٥) انظر: المنتقى ١١٧/٦، التاج والإكليل ٢٦/٨.

وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه الصدقة لم يكن له أن يرجع فيها»[١].

٧- هبة المريض مرضًا غير مخوف تحمل على غير الثواب، فتصح من جميع ماله اعتبارًا بحال العطية[٢] [٣].

٨- ما يجعله الأب لابنته، والإخوة لأختهم من الهبات والهدايا عند خروجها لبيت زوجها، محمول على الصلة، لا على الثواب[٤].

٩- هبة الأقران والأمثال بعضهم لبعض، محمولة على غير الثواب، وإنما تحمل على التسامح والتوادد[٥].

١٠- هبة الكبير ذي الدرجة لمن هو دونه، لا تقتضي ثوابًا إجماعًا، فإن اللفظ لا يقتضيه، وحكم العرف والعادة لا يقتضيه أيضًا، فإن الكبير عادة لا يستثيب من الصغير، فهي ـ إذن ـ محمولة على الصلة، أو الصدقة، أو غيرها مما لا عوض فيه[٦].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٢/٩٤، تبيين الحقائق ٥/٩٧، والأثر سبق تخريجه.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٤٤٢.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٨١.

(٤) انظر: شرح النيل ١٢/٤٦.

(٥) انظر: نهاية المطلب للجويني ٨/٤٣٤، التاج المذهب ٣/٢٧٧.

(٦) انظر: نهاية المطلب ٨/٤٣٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٠

نص الضابط: الهِبَةُ بِشَرْطِ العِوَضِ بِمَنْزِلَةِ البَيعِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- الهبة بعوض مشروط مبايعة خارجة عن باب الهبة، داخلة في باب البيع[(٢)].

٢- الهبة للثواب بيع من البيوع[(٣)].

٣- هبة الثواب حكمها حكم البيع[(٤)].

٤- الهبة بشرط ثواب معلوم بيع[(٥)].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١١٠/٢٤ وفي تبيين الحقائق للزيلعي ١٠٢/٥، العناية للبابرتي ٥٠٨/٤، المبسوط ٧٩/١٢، شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢٦٧/٢: «الهبة بشرط العوض بيع ابتداء وانتهاء»، وفي المدونة للإمام مالك ١٢٩/٦: «الهبة على العوض بيع من البيوع، يُصنع فيها وفي العوض ما يصنع بالبيع»، وفي تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١٨٣/٣ «الهبة بشرط العوض في حكم البيع».

(٢) السيل الجرار للشوكاني ٢٩٥/٣.

(٣) المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ٤٤٣/٢، وفيه أيضًا ٤٤٨/٢: «الهبة على الثواب بيع من البيوع»، وفي المدونة ١٣٨/٦: «الهبة للثواب مثل البيع»، وفيها أيضًا ١٤٣/٦: «إذا كانت الهبة للثواب فهي بمنزلة البيع»، وفي التهذيب للبرادعي ٣٦١/٤: «هبة الثواب بيع»، وفي الذخيرة للقرافي ٢٨١/٦: «هبة الثواب بيع، لا يجوز في عوضها ما يمتنع في البيع».

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٣٧٣، وفي المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦١٠/٣: «الهبة التي يُقصد بها المكافأة والعِوَض حكمها حكم المعاوضات، ويراعى فيها ما يراعى في البيع.

(٥) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٠٤/٢، النجم الوهاج ٥٦٧/٥، تحفة المحتاج ٣١٥/٦، وفي=

٥- الهبة المقيدة بثواب مقَّدر بيع في جميع الأحكام(١).

٦- الهبة إذا شُرط فيها عوض معلوم صارت بيعًا(٢).

٧- الهبة بشرط العوض هبة ابتداءً، بيع انتهاءً(٣).

صيغ ذات علاقة:

١- العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ(٤). (معللة).

٢- الهبة بشرط العوض لا توجب الملك إلا بالقبض(٥). (بيان).

٣- الهبة بشرط العوض قبل التقابض تبرع، وبعد التقابض بمنزلة البيع(٦). (بيان).

٤- كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض(٧). (متفرع).

= المغني لابن قدامة ٨/٢٨٠: «الهبة بشرط ثواب معلوم كالبيع»، وفي الهداية لأبي الخطاب ص ٣٣٩: «الهبة بشرط ثواب معلوم حكمها حكم البيع».

(١) نهاية المطلب للجويني ٨/٤٣٦، وفي أسنى المطالب للأنصاري ٢/٤٨٥، ٤٨٦، وروضة الطالبين للنووي ٥/٣٨٦: «الهبةُ المقيدةُ بثواب معلوم بيع».

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٥١٨، وفي المقدمات الممهدات ٢/٤٥٤: «عقد الهبة إذا شُرِط فيه الثواب وسُمِّيَ، فهو بيع من البيوع، يحلُّه ما يُحل البيوع، ويحرِّمه ما يحرّم البيوع»، وفي الإيضاح للشماخي ٨/٨٢: «إذا قُصد بالهبة ما يثيبه الموهوب له من الدنيا، فإذا كان الثواب معلومًا، فالهبة جائزة وتجري مجرى البيع في معانيها».

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٣٢، وفي فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٤٠: «الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء، بيع انتهاء».

(٤) وانظرها بلفظ: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» في قسم القواعد الفقهية.

(٥) المبسوط ٣٠/٢٣٢.

(٦) المبسوط ١٢/٨٠.

(٧) المبسوط ١٤/١٤١، وانظره بلفظ: «ما جاز بيعه جازت هبته، وما لا فلا» في قسم القواعد الفقهية

شرح الضابط :

(الثواب) في اللغة: بمعنى الرجوع يقال: ثاب يثوب ثوبًا و ثوبانًا، إذا رجع بعد ذهاب، «كأنَّ الثواب يرجع إليه بعد ذهاب الموهوب من يده، وبعد عمله للخير»(١).

وقد جاء في (الحدود) لابن عرفة وشرحه للرصاع: «هبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي، وحكمها حكم البيع»(٢).

ومن الجدير بالبيان: أنَّ هذا الضابط مبناه وقوامه وأساسه ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من المالكية، والشافعية على الصحيح، والحنابلة على المعتمد، وزفر من الحنفية، والشوكاني، وغيرهم من أنَّ الهبة بشرط الثواب تعتبر بيعًا، وتجرى عليها أحكامه، فيراعى فيها ما يراعى فيه، ويمتنع فيها ما يمتنع فيه، ويشترط فيها ما يشترط فيه، وإن وقعت بلفظ الهبة؛ تعويلا على المقصود منها(٣).

وخالفهم في ذلك أحمد في رواية عنه قال فيها: يغلَّب فيها حكم الهبة، وعلى ذلك لا تثبت فيها أحكام البيع المختصة به ذكرها أبو الخطاب(٤)، وهي وجه عند الشافعية(٥) وذلك اعتبارًا للفظها؛ ولأنَّ باذل الثواب في حكم واهب

---

(١) كما قال ابن بطال الركبي في النظم المستعذب ٢/٩٥.

(٢) الحدود ٢/٥٥٩.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/١٠٢، شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢/٢٦٧، مناهج التحصيل للرجراجي ٩/٤٠٠، مغني المحتاج ٢/٤٠٥، أسنى المطالب ٢/٤٨٥، ٤٨٦، المغني لابن قدامة ٨/٢٨٠، الإنصاف للمرداوي ١٧/٦، السيل الجرار ٣/٢٩٥.

(٤) جاء في الإنصاف ١٧/٧: «قال الحارثي: هذا المذهب، وهو الصحيح، وهو متين جدًا وقال القاضي: ليست بيعًا، وإنما الهبةُ تارةً تكون تبرعًا، وتارة تكون بعوض، وكذلك العتق، ولا يُخرِجهما عن موضوعهما»، وانظر: الفروع لابن مفلح ٧/٤٠٧.

(٥) انظر: البيان للعمراني ٨/١٣٣، الوسيط للغزالي ٤/٢٧٨.

جديد، فقد أنشأ تبرعًا في مقابلة تبرع، وكأنه يقابل هبة بهبة[١].

وتوسط الإمام أبو حنيفة وصاحباه بين المذهبين، فقالوا: الهبة بشرط الثواب هبة ابتداء، وبيع انتهاء[٢]، فيشترط فيه شروط الهبة من وقت العقد حتى يتم القبض، ثم تراعى فيه أحكام البيع بعد ذلك[٣]، وحجتهم على ما ذهبوا إليه: «أنه وجد في هذا العقد لفظ الهبة ومعنى البيع؛ فيعطى شبه العقدين؛ فيعتبر فيه القبض والحيازة، عملا بشبه الهبة، ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الرؤية، وحق الشفعة؛ عملا بشبه البيع؛ عملا بالدليلين بقدر الإمكان»[٤]، وقال صاحب (العناية): «إنه اشتمل على جهتين، جهة الهبة لفظًا، وجهة البيع معنى، وأمكن الجمع بينهما، وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما وجب إعمالهما؛ لأنَّ إعمال الشبهين، ولو بوجه أولى من إهمال أحدهما»[٥].

وذهب أبو ثور، وداود الظاهري إلى أنَّ الهبة بشرط الثواب باطلة؛ لخروجها عن حكم الهبات المطلقة والبيوع اللازمة[٦]، وقال ابن حزم: «لأنَّ هذا الشرط ليس في كتاب الله عز وجل، فهو باطل»[٧].

أدلة الضابط :

قاعدة: «العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ»، فعلى مقصود العقد ينبني الحكم، فلو قال: اشتريت منك كرًّا من حنطة صفتها كذا بهذا الثوب،

---

(١) انظر: الوسيط ٢٧٨/٤، نهاية المطلب للجويني ٤٣٩/٨.

(٢) انظر: المبسوط ٧٩/١٢، ٨٠، بدائع الصنائع ١٣٢/٦، شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٢٦٧/٢.

(٣) انظر: الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ١٨٦.

(٤) بدائع الصنائع ١٣٢/٦.

(٥) العناية ٥٠٨/٧.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٤٢١/٩، المحلى لابن حزم ١١٨/٩.

(٧) المحلى ١١٨/٩.

وبين شرائط السَّلَم، يكون سَلمًا وإن لم يذكر لفظ السَّلم، ولو وهب ابنته من رجل، كان نكاحًا، ولو وهب الدَّين ممن هو عليه، كان إبراء، ولو وهب عبده من نفسه كان عتقًا، فاللفظ واحد، ثم اختلف العقد باختلاف المقصود[١].

تطبيقات الضابط :

١- نص الشافعية، والحنابلة في المذهب: على أنه إذا شرط في الهبة ثواب مجهول، لم تصح؛ لأنه عوض مجهول في معاوضة، فتبطل كالبيع بثمن مجهول[٢]، وعلى ذلك جاء في (مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد): «إذا شرط في الهبة عوض معلوم، صارت بيعًا، فتجرى فيها أحكامه، وإذا كان العوض مجهولا، فهو بيع فاسد»[٣].

٢- جاء في (المدونة): إذا مات الواهب قبل أن يقبض الموهوب له الهبة، وكانت هبة ثواب، فإنها لا تنتقض بموته، ويكون محملها محمل البيع؛ لأنها بمنزلته[٤].

٣- تلزم هبة الثواب قبل التقابض، ولا يتوقف انتقال الملك فيها على القبض[٥].

٤- للواهب الامتناع عن تسليم الموهوب في هبة الثواب حتى يقبض العوض، كالبيع[٦].

٥- يثبت في الهبة بشرط الثواب خيار المجلس، والشرط، والرد

---

(١) انظر: المبسوط ١٢/٧٩.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٠٥، المغني ٨/٢٨٠.
(٣) مجلة الأحكام الشرعية المادة: ٨٨١.
(٤) المدونة ٦/١٤٣.
(٥) انظر: البدائع ٦/١٣٢، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٣١٥، كشاف القناع ٤/٣٣١.
(٦) التهذيب للبرادعي ٤/٣٥٧.

بالعيب، والشفعة إن كان الموهوب شقصًا مشفوعًا[١].

٦- يثبت في هبة الثواب ضمان الاستحقاق والدَّرك وعهد البيع[٢]، ويجب فيها التساوي مع التقابض قبل التفرق في الأموال الربوية المتحدة، كما لو قال: بعتك أو ملَّكتك هذا بهذا من تلك الأموال الربوية المتحدة[٣].

٧- يجب مراعاة أحكام الصرف في هبة النقود؛ حذرًا من الوقوع في ربا الفضل والنَّساء[٤].

---

(١) انظر: كشاف القناع ٤/٣٣١، أسنى المطالب ٢/٤٨٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٣٢، نهاية المطلب ٨/٤٣٦، كشاف القناع ٤/٣٣١.

(٣) انظر: المدونة ٦/٧٩، الوسيط للغزالي ٤/٢٧٨، كشاف القناع ٤/٣٣١، وقد جاء في (الذخيرة) ٦/٢٨١: «فرع في الكتاب: لا يعوض عن الحنطة حنطة أو تمرًا أو مكيلا من الطعام أو موزونًا إلا قبل التفرق، خشية النساء والتفاضل، إلا أن يعاوضه مثل طعامه صفة وجنسًا ومقدارًا، فيجوز؛ لبعد التهمة، ولا يعوض دقيقًا من حنطة، ولا من جميع الحلي إلا عرضًا، حذرًا من الصرف المستأخر» وقال البرادعي في (التهذيب) ٤/٣٦١: «ومن وهبك حنطة، فلا خير في أن تعوضه بعد ذلك حنطة أو تمرًا أو غيره من مكيل الطعام أو موزونه، إلا أن تعوضه قبل التفرق طعامًا من طعام، فإنه يجوز؛ لأن هبة الثواب بيع قال: إلا أن تعوضه طعامًا مثل طعامه، صفة وجنسًا ومقدارًا، فذلك جائز ولا تعوضه دقيقًا من حنطة، ولا من جميع الحلي إلا عرضًا».

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ص ٥٣٢، مناهج التحصيل للرجراجي ٩/٤٠٦، ٤٠٧، وقد جاء في (البيان) للعمراني ٨/١٣٦: «وإن وهب له ذهبًا أو فضةً هبةً تقتضي الثواب، فإن أثابه من جنس الأثمان، نظرت: فإن كان قبل التفرق، صح ذلك، ويعتبر التساوي بينهما إن كانا من جنس واحد، كما قلنا في البيع وإن كان بعد التفرق، بطلت الهبة؛ لأنَّ ذلك معاوضة، وإنْ أثابه من غير جنس الأثمان، جاز، سواء كان قبل التفرق أو بعد التفرق، كالبيع» وجاء في (الذخيرة) ٦/٢٧٥: «فرع: لا ثواب في هبة النقدين؛ لأنهما يُقصدان عِوَضًا لا معوَّضًا، إلا أن يشترط فيثاب عَرْضًا أو طعامًا؛ حذرًا من النَّساء في الصرف، وإنْ وهب حُليًّا للثواب عُوِّض عَرْضًا، لا عينًا، ولا حُليًّا من فضة» وانظر: المدونة ٦/١٣٨.

استثناءات من الضابط :

١- ذكر الماوردي أنه في الهبة بشرط الثواب المعلوم يكون الموهوب مخيَّرًا بين دفع العوض وبين رد الهبة، خلافًا للبيع؛ فإن المشتري يلزمه دفع الثمن، ولا خيار له في الرد، ما لم يكن خيار أو عيب، ثم هما سواء فيما سوى ذلك على سواء[١].

٢- ذهب المالكية[٢]، وأحمد في رواية عنه[٣]، والشافعية في وجه[٤]، وبعض محققي الحنفية[٥]، إلى صحة الهبة بشرط الثواب المجهول، خلافًا للبيع؛ فإنه لا يجوز على ثمن مجهول.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: «عقد الهبة الذي يقصد به المكافأة والعوض، حكمه حكم المعاوضات، ويراعى فيه ما يراعى في البيع، ولا يفارقه إلا في وجه واحد، وهو السكوت عن البدل فيه، وعن مقداره، فأما ما عدا ذلك من أحكامه، فإنه يجرى مجرى سائر المعاوضات»[٦].

وقد أخذت بذلك (مجلة الأحكام العدلية) حيث جاء فيها: «تصح الهبة بشرط العوض، ويعتبر الشرط مثلا: لو وهب أحد وسلَّم عقارًا مملوكًا له لآخر

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٤٢١/٩.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٧٣/٣.

(٣) قال في (الإنصاف) ١٠/١٧: «ذكرها الشيخ تقي الدين ظاهر المذهب قال الحارثي: هذا المذهب نص عليه من رواية ابن الحكم وإسماعيل بن سعيد، وإليه ميل أبي الخطاب وصحح هذه الرواية في (الرعاية الصغرى) فقال: فإن شرطه مجهولا، صحت في الأصح، وقال في (الكبرى): وهو أولى فعلى هذه الرواية: يرضيه فإن لم يرضَ، فله الرجوع فيها، فيردها بزيادة ونقص نص عليه فإن تلفت فقيمتها يوم التلف وهذا البناء على هذه الرواية هو الصحيح صححه المصنف وغيره»، وانظر: الفروع ٤٠٦/٧، المغني ٢٨٠/٨، ٢٨١.

(٤) تفريعًا على أنَّ الهبة المطلقة تقتضي الثواب انظر: مغني المحتاج ٤٠٥/٢.

(٥) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٣٦٨/٣-٣٧١.

(٦) انظر: المعونة ١٦١٠/٣.

بشرط أن يقوم بنفقة الواهب إلى وفاته، ثم ندم، فأراد الرجوع عن الهبة، واسترداد ذلك العقار، فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضيًا بإنفاقه على وفق هذا الشرط»[١].

قال علي حيدر شارح المجلة: «قيد (إلى وفاته) ليس قيدًا احترازيًّا، فلو قال: تعولني إلى السنة الفلانية، يكون صحيحًا أيضًا، وفي هذه الصورة إذا عاله لتلك السنة، فيكون العوض قد أُدِّي تامًّا، ولزمت الهبة، ولا يكون بعد ذلك مجبرًا على عوله»[٢].

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) مجلة الأحكام العدلية المادة: ٨٥٥ ص ١٦٤.

(٢) درر الحكام لعلي حيدر ٢/ ٣٨٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١١

نص الضابط: التَّعْلِيقُ وَالتَّوقِيتُ فِي الهِبَةِ مِمَّا يُبْطِلُهَا أَوْ لَا؟[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يجوز تعليق الهبة على شرط مستقبل[٢].

٢- الهبة لا تقبل التعليق، فلا يصح تعليقها على شرط مستقبل[٣].

٣- عقد الهبة لا يحتمل التعليق بالخطر[٤].

٤- يشترط في عقد الهبة أن لا يكون معلّقًا بما له خطر الوجود والعدم[٥].

٥- يجوز تعليق الهبة على شرط[٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١١٨/٦، الذخيرة للقرافي ٢٤٨/٦، نهاية المحتاج ٤٠٩/٥، أسنى المطالب ٤٧٩/٢، المغني لابن قدامة ٣٨٤/٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٣٤/٢، مطالب أولي النهى لمصطفى الرحيباني ٣٩٧/٤، الإنصاف للمرداوي ٤٤/١٧، البحر الزخار لابن المرتضى ١٣٢/٥.

(٢) المهذب ٤٥٣/١، البيان للعمراني ١٢٢/٨، وقد جاء في كشاف القناع ٣٣٩/٤ بلفظ: «لا يصح تعليق الهبة على شرط مستقبل».

(٣) المادة ٨٨٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

(٤) بدائع الصنائع ١١٨/٦.

(٥) بدائع الصنائع ١١٨/٦.

(٦) الإنصاف للمرداوي ٤٤/١٧.

صيغ ذات علاقة :

١- ما كان في عقود التبرعات لا يصح تعليقه بالشرط[١]. (أعم من الرأي القائل بأن الهبة لا يصح تعليقها).

٢- ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات فإنه لا يبطل بتعليقه بالشرط الفاسد[٢]. (أعم).

٣- ما يحتمل الغرر والأخطار يصح تعليقه بالشرط[٣]. (أعم من الرأي القائل بأن الهبة يصح تعليقها).

شرح الضابط :

(التوقيت) من الوقت: وهو مقدار من الزمان، وكل شيء قدرت له حينًا فهو مؤقت، وكذلك ما قدرت غايته فهو مؤقت[٤].

و(التعليق) في الاصطلاح الفقهي: «هو ترتيب أمر مستقبلٍ على حصول أمر مستقبل، مع اقترانه بأداة من أدوات الشّرط»[٥]، والعقد المعلّق على شرط: «هو ما رُتِّب وجوده على وجود أمر آخر»[٦]، كقولك: بعتك سيارتي بكذا إن رضي فلان، أو: استأجرت منك دارك بكذا إذا ربحت تجارتي الفلانية كذا وكذا ونحو ذلك[٧].

فمثال التعليق بالشرط المستقبل: وهبتك هذه الدابة إذا قدم ولدي من

---

(١) المادة ٣٢٤ من مرشد الحيران.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٩٤/٦.

(٣) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٧٩/٤.

(٤) لسان العرب لابن منظور ١٠٧/٢.

(٥) المادة ٣١٥ من مرشد الحيران، وانظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٣٦.

(٦) العقود والشروط والخيارات لأحمد إبراهيم ص ٦٦٣، وانظر: المدخل الفقهي العام ٥٦٤/١.

(٧) العقود والشروط والخيارات ص ٦٦٩.

السفر، ومثال التوقيت: وهبتك هذه الدار شهرا أو سنة.

و«يشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط معدومًا على خطر الوجود، لا محققًا، ولا مستحيلا»[(١)]؛ لأنه إذا كان الأمر المعلَّق عليه محقق الوجود في الحال كان تعليق العقد صوريًّا، وهو في الحقيقة تنجيز، وإن كان مستحيلا كان لغوًا[(٢)]، قال ابن نجيم: «شرط صحة التعليق كون الشرط معدومًا على خطر الوجود، فالتعليق بكائن تنجيز، وبالمستحيل باطل»[(٣)]، والمراد بـ «خطر الوجود» أن يكون الشرط مترددًا بين أن يكون أو لا يكون[(٤)].

والمعلَّق يتأخر انعقاده سببًا إلى وجود الشرط، فعند وجوده ينعقد سببًا مفضيًا إلى حكمه»[(٥)]؛ وعلى ذلك: فالتعليق يقتضي وقوع الأمر المعلَّق عليه عند تحقق الشرط، كما يقتضي دوام انتفائه ما دام الشّرط معدومًا.

أي أنّ المشروط مرتبط بالشرط وجودًا وعدمًا[(٦)]، والعقد المعلّق بالشرط مهما كان نوعه هو عدم قبل وقوع الشرط المعلَّق عليه[(٧)].

والفرق بين التعليق والإضافة: هو أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم، فإن نحو: أنت طالق سبب للطلاق في الحال، فإذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار، منع انعقاده سببًا للحال، وجعله متأخرًا إلى وجود الشرط، فعند

---

(١) المادة ٣١٨ من مرشد الحيران.

(٢) العقود والشروط والخيارات ص ٦٦٣.

(٣) الأشباه والنظائر ص ٤٣٦.

(٤) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٤٢/٣.

(٥) المادة ٣١٧ من مرشد الحيران، وانظر: الفوائد الزينية لابن نجيم ص ١٣٨، رد المحتار ٢٣٣/٤، العقود والشروط والخيارات ص ٦٦٤.

(٦) المدخل الفقهي العام ٥٧٥/١، وقد جاء في م/٨٢ من (المجلة العدلية): «المعلَّق بالشرط يجب ثبوتـــه عند ثبوت الشرط» وقال ابن القيم: «المعلَّق على شرط منتفٍ عند انتفائه» طريق الهجرتين ص ٣٧٨.

(٧) المدخل الفقهي العام ٥٧٨/١، المبسوط للسرخسي ١٣٠/٣، ٤٨/١٣، ٩٨/١٥، ٥٥/٢٤.

وجوده ينعقد سببًا مفضيًا إلى حكمه، وهو الطلاق.

وأما الإيجاب المضاف مثل: أنت طالق غدًا، فإنه ينعقد سببًا للحال؛ لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه، فالإضافة لا تخرجه عن السببية، بل تؤخر حكمه بخلاف التعليق، فإذا قال: إن جاء غد فللَّه علي أن أتصدق بكذا، لا يجوز له التصدق قبل الغد؛ لأنه لا تعجيل قبل السبب، ولو قال: لله علي أن أتصدق بكذا غدًا، له التعجيل قبله؛ لأنه بعد السبب؛ لأن الإضافة دخلت على الحكم لا السبب، فهو تعجيل للمؤجل[(١)].

والضابط بصيغته الخلافية يتناول موضوعًا مهما كان محل أخذ ورد بين الفقهاء توصل فيه كل فريق إلى ما يراه صوابًا معتمدًا على أدلة وبراهين تعضد رأيه.

فقد ذهب الحنفية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة على المذهب[(٤)]، والزيدية[(٥)]، إلى عدم صحة توقيت وتعليق الهبة بالشرط، فقالوا: «تعليق الهبة وتوقيتها لا يجوز»[(٦)]، حيث «يشترط في عقد الهبة أن لا يكون معلَّقًا بما له خطر الوجود والعدم»[(٧)].

---

(١) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٢٥٦/٥- ٢٥٧.

(٢) تبيين الحقائق ١٣١/٤، ١٣٤، جامع الفصولين ٢/٢، الدر المختار مع رد المحتار ٢٢٣/٤، حاشية الطحطاوي على الدر ١٣٧/٣، البحر الرائق مع منحة الخالق ١٩٤/٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٣٦، بدائع الصنائع ١١٨/٦.

(٣) المهذب ٤٥٣/١، البيان للعمراني ١٢٢/٨.

(٤) المغني ٢٥٠/٨، شرح منتهى الإرادات ٥٢٢/٢، الإنصاف ٤٤/١٧.

(٥) البحر الزخار ٢٠٢/٥.

(٦) انظر: أسنى المطالب ٤٧٩/٢.

(٧) بدائع الصنائع ١١٨/٦.

وقالوا: العقود بالنسبة إلى التوقيت الزمني: منها ما يقبل التوقيت، ومنها ما لا يقبله.

فما تصح إضافته إلى الزمان المستقبل: الإجارة، وفسخها، والمزارعة، والمعاملة (المساقاة)، والمضاربة والوكالة، والكفالة، والإيصاء، والوصية، والقضاء، والإمارة، والطلاق، والعتاق، والوقف، والعارية، والإذن في التجارة.

والسبب في ذلك: أن هذه العقود لا يمكن تمليكها للحال، فصح فيها الاستقبال.

وما لا تصح إضافته إلى المستقبل فعشرة: البيع، وإجازته، وفسخه، والقسمة، والشركة، والهبـة، والنكاح، والرجعة، والصلح عن مال، والإبراء عن الدين.

والعلة في عدم إضافة هذه العقود العشرة الأخيرة للزمان وعدم تعليقها بالشروط: هو أنها تمليكات للحال، فلا تضاف للاستقبال، كما لا تعلق بالشرط؛ لما فيه من القمار[(١)].

وقد فرَّق بعض الحنفية بين تعليق الهبة على شرط ملائم، وتعليقها على شرط غير ملائم، فقال: تصح الهبة إذا علقت بشرط ملائم دون غيره، ومثال الشرط الملائم عندهم: وهبتك هذا الشيء على أن تعوضني عنه بكذا[(٢)].

---

(١) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٥/٢٥٥- ٢٥٧ القمار: فيه معنى الخداع، يقال: قامره بالخداع فقمَره لسان العرب ٥/١١٣ وعرفه بعضهم بأنه: «كل مراهنة على غرر محض» انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للصديق الضرير ص ٦٢١ وضابط القمار المحرم: أن يكون كل من المتقامرين غانما أو غارما مثاله: لو تسابق شخصان على أن السابق منهما يأخذ من الآخر مبلغًا ماليًّا مقدرًا، فهذا قمار؛ لأن كلا من المتسابقين إما أن يغنم ذلك المبلغ أو يغرمه. انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي لصديق الضرير ص ٦٢١.

(٢) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٥/٢٤٩، وانظر: الغرر وأثره في العقود ص ٥٣١.

بينما أطلق البعض الآخر القول في عدم صحة الهبة المعلقة بشرط[١].

وخالفهم في ذلك المالكية[٢] وأحمد في رواية عنه[٣]، اختارها ورجحها شيخ الإسلام ابن تيمية[٤]، وتلميذه ابن القيم[٥]، والإباضية[٦]، فقالوا: «يجوز تعليق الهبة على شرط»[٧].

وقد رجح هذا القول العلامة ابن سعدي من متأخري الحنابلة، فقال: «الصحيح أن التعليق للعقود كلها بالشروط المعلومة غير المجهولة جائز لا محذور فيه»[٨]، وقال أيضًا: «الصواب جواز تعليق جميع العقود والفسوخ لظاهر الأدلة»[٩].

أدلة الضابط:

أدلة المجيزين:

١- ما روي عن النبي ﷺ أنه لما تزوَّج أم سلمة، قال لها: «إني قد أهديت إلى النجاشي حلَّة وأواقي مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى هديتي إلا مردودة عليَّ فإن رُدَّت فهي لك»، فكان ما قال ﷺ، ورُدَّت عليه هديته، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك، وأعطى أم سلمه بقية

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١١٨/٦.
(٢) انظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ١٩٥، ٢٠٠، ٢٠٢، ٢٥٧، ٢٦١، ٢٦٢، الذخيرة للقرافي ٢٤٨/٦.
(٣) الإنصاف ١٧/ ٤٤.
(٤) نظرية العقد لابن تيمية ص ٢٢٧، وانظر: الفروع ١٩٠/٦، المبدع ٥٩/٤.
(٥) إعلام الموقعين ٣٩٩/٣.
(٦) شرح النيل ١٢/ ١٦.
(٧) الإنصاف للمرداوي ١٧/ ٤٤.
(٨) الفتاوى السعدية ص ٣٥٤.
(٩) القواعد والأصول الجامعة ص ١٢٠، حصول المأمول ص ٣٤٥.

المسك والحلة[١]، فقد دلَّ على جواز تعليق الهبة بالشرط.

٢- قول النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحلَّ حرامًا أو حرَّم حلالا»[٢]، فقد دلَّ بعمومه على صحة ولزوم الهبة المعلقة بالشرط؛ «لأن إطلاق اسم الشرط يتناول المنجَّز والمعلَّق»[٣]، ولا يخفى أن الهبة المعلقة بالشرط ليس فيها مخالفة لنص شرعي، أو تحليل لحرام، أو تحريم لحلال.

٣- الأصل في الشروط العقدية الإباحة، تعليقية كانت أم تقييدية، ما لم يكن هناك دليل شرعي حاظر؛ فعندئذ يمتنع بخصوصه استثناءً، ولم يرد نص أو قياس صحيح يمنع تعليق عقد الهبة بالشرط[٤].

أدلة المانعين:

١- أن التوقيت تعليق لانتهاء الهبة، فلا تصح معه كالبيع[٥].

٢- أن الهبة تمليك وقد أمكن تنجيزها للحال، فلا حاجة إلى الإضافة للاستقبال[٦].

---

(١) رواه أحمد ٢٤٦/٤٥ (٢٧٢٧٦)، والطبراني في الكبير ٨١/٢٥ (٢٠٥)، والحاكم في المستدرك ٢٠٥/٢ (٢٧٦٦)، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي بقوله: منكر ومسلم الزنجي ضعيف، وقال الهيثمي في المجمع ١٤٨/٤: وفيه مسلم بن خالد الزنجي، وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وأم موسى بن عقبة لم أعرفها، وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٢) رواه الترمذي٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٧٨٨/٢ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٢٧/٣ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦٥/٦ من حديث عمرو بن عوف المزني، رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علقه البخاري بلفظ: «المسلمون عند شروطهم» ٩٢/٣ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٥٧/٢ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس، رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة انظر: التلخيص الحبير ٥٤/٣.

(٣) كما قال ابن تيمية انظر: الفروع ١٩٠/٦، المبدع ٥٩/٤.

(٤) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٥٠/٢٩، ٣٤٦، الموافقات ٢٨٤/١، القواعد النورانية الفقهية ص ٢٠٠، إعلام الموقعين ٣٤٤/١، ٣٨٣.

(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٣٤/٢، مطالب أولي النهى لمصطفى الرحيباني ٣٩٧/٤.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ١٤٩/٥، البحر الرائق ٤٥/٨، الدر المختار مع رد المحتار ٢٥٥/٥- ٢٥٦، بدائع الصنائع ١١٧/٦.

٣- أن الهبة تمليك عين، وتمليكات الأعيان مما لا تحتمل التعليق بالخطر ولا التأقيت[١].

٤- أن التعليق بالشروط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها، كالطلاق وغيره، فلا يتعداها، والهبة تمليك لا إسقاط[٢].

٥- أن الهبة المعلَّقة بالشرط فيها معنى القمار؛ إذ هي معلَّقة بما له خطر الوجود والعدم، فكانت باطلة[٣].

٦- قياس الهبة على البيع؛ بجامع أنَّ كلا منهما تمليك لعين في الحياة، وأنَّ كلا منهما يبطل بالجهالة، والبيع لا يصح تعليقه بالشرط، فكذلك الهبة[٤].

المناقشة والترجيح:

إذا تأملنا أدلة الفريقين وجدنا أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الفريق القائل بصحة الهبة المعلقة والمؤقتة للأسباب التالية:

١- لقوة الأدلة التي اعتمدها المجيزون؛ فهي أدلة نقلية وعقلية معًا، بينما أدلة المانعين عقلية فقط.

٢- ولأن الهبة عقد تبرع محض، وعقود التبرعات يتحمل فيها من الغرر والجهالة، وغير ذلك ما لا يتحمل في غيرها، وهذا الأصل يعارض ما ذهب إليه المانعون من «أن الهبة المعلَّقة بالشرط فيها معنى القمار؛ إذ هي معلَّقة بما له خطر الوجود والعدم، فكانت باطلة»، والقمار

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١١٧.

(٢) انظر: نصب الراية ٥/٢٧١.

(٣) تبيين الحقائق ٤/١٣١، ١٣٤، الدر المختار مع رد المحتار ٤/٢٣٤.

(٤) كشاف القناع ٤/٣٣٩، بدائع الصنائع ٦/١١٨، المغني ٨/٢٥٠، المبدع ٥/٣٦٧، المهذب ١/٤٥٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٢٢، الشرح الكبير على المقنع ١٧/٤٤.

إنما يتصور في المعاوضات لا التبرعات.

٣- ولأن الهبة عقد، «والعبرة في العقود إنما هي للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني»، وهذه القاعدة يمكن إعمالها في توقيت الهبة وتعليقها بحيث يصبح ذلك وعداً بهبة عند تحقق الشرط والوقت، والعاقل الرشيد يحمل كلامه على الصحة واللزوم ما أمكن، وهذا مما يمكن الحمل عليه، وإعمال الكلام أولى من إهماله.

تطبيقات الضابط:

١- لا يجوز تعليق الهبة بما له خطر الوجود والعدم، مثل قول شخص لآخر: وهبتك هذا الشيء عند دخول زيد، أو قدوم خالد ونحو ذلك؛ لأن الهبة تمليك العين للحال فلا تحتمل التعليق بالخطر ولا الإضافة إلى الوقت، كالبيع لا يجوز[1]، وهذا على رأي المانعين من تعليق الهبة، وأما على الرأي المخالف فتجوز، وتحمل هنا على الوعد.

٢- لو قال شخص لآخر: إذا جاء رأس السنة، فقد وهبتك هذه الدار، أو هذا الشيء، بطلت هبته بهذا القصد، وهذه الصيغة أيضاً؛ لأنه تعليق للهبة ولا تصح معه[2]، وعلى مقابله تصح الهبة؛ لأنها تصح معلقة ومؤقتة، وتحمل هنا على الوعد.

٣- لو قال شخص لآخر: وهبتك هذا الشيء شهراً، أو سنة، بطلت الهبة بهذا القصد، وهذه الصيغة أيضا؛ لأن هذا تأقيت للهبة[3]، وهي لا

(١) انظر: بدائع الصنائع ١١٨/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١١٨/٦، أسنى المطالب ٤٧٩/٢.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٤٧٩/٢، شرح منتهى الإرادات ٤٣٤/٢، مطالب أولي النهى ٣٩٧/٤.

تحتمل التأقيت، وعلى القول المقابل تصح الهبة في هذه المدة، وتحمل على الإعارة.

٤- لو قال شخص لآخر: وهبت هذا الشيء منك عمري أو عمر زيد، فإن الهبة لا تنعقد بهذه الصيغة؛ لأنه غير اللفظ المعهود، ولما فيه من التأقيت لجواز موته أو موت زيد قبل موت الموهوب له، بخلاف قوله: وهبته لك عمرك؛ فتصح الهبة؛ لأن الإنسان إنما يملك مدة حياته فلا تأقيت[١]، وتصح هذه الهبة على الرأي الثاني، وتجمل على معنى الوقف.

من التطبيقات المعاصرة:

الإجارة المنتهية بالتمليك (كما تجريها المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة): وبيان ذلك أن اتفاقية المنظومة العقدية المستحدثة الموسومة بـ «الإجارة المنتهية بالتمليك» تتضمن في بعض صورها ونماذجها هبة المصرف للعميل العين المؤجرة هبة معلقة على شرط أداء جميع أقساط الإجارة للمصرف في نهاية مدة عقد الإجارة، وهي عقد هبة معلَّق بالشرط، يعتبر صحيحًا ملزمًا للواهب عند تحقُّق شرطه، على قول الفقهاء المجيزين من المالكية، والإباضية، والإمام أحمد في رواية عنه، اختارها ورجحها شيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم ـ كما مر في الشرح.

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٣٨٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٣٠٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٢

نص الضابط: الهِبَةُ لَا تَبْطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده[٢]. (أعم).

٢- الهبة لا تصح مع الخطر[٣]. (أعم).

٣- لا تصح الهبة بأنواعها مع شرط مفسد[٤]. (مخالفة).

شرح الضابط:

المعنى الإجمالي للضابط: هو أن الأصل في الهبة أن لا تصح بأنواعها مع شرط مفسد كأن لا يزيل ملكه عنه، ولا مؤقتة، ولا معلقة، إلا في مسائل العمرى والرقبى، ولكن الفقهاء عدلوا بالشرط الفاسد في الهبة عن قياس سائر الشروط الفاسدة؛ إذ لا يوجد موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط المنافي لمقتضاه إلا هذا العقد[٥] فيصح العقد هنا ويبطل الشرط.

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢/٩٥، فتح القدير لابن الهمام ٩/٥٠.

(٢) درر الحكام ٢/٤٢٧٧٦، وانظرها بلفظ: "كل ما لا يصح من العقود إلا بالقبض لم يفسده الشرط"، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) رد المحتار ٥/٦٨٨، فتاوى قاضيخان ٣/٢٦٦.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي٥/٩٣، درر الحكام ٢/٢٢٥.

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/٤٠٩.

والأصل في ذلك أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة، وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة(١).

والفرق بين ما يفسد بالشرط الفاسد من العقود وما لا يفسد به أن سبب الفساد راجع إلى ما يكون المعاوضة فيه من العقود التي لا تتم إلا بالمال وشبهه، أما ما كان منها خاليا عن ذلك فلا يبطل بالشرط الفاسد، إذ لا معاوضة أصلا حتى يراعى فيه وصف الربا كما في عقود التبرع، بل إن «كل عقد من شرطه القبض فإن الشرط لا يفسده كالهبة والرهن»(٢)، والهبة لا تجوز إلا مقبوضة(٣).

أما الظاهرية فلا تجوز عندهم هبة بشرط أصلا، فالهبة بالشرط باطلة؛ لأن الاشتراط في الهبة ليس في كتاب الله تعالى، وكل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل(٤).

أما الإباضية فقد اختلفت آراؤهم في الهبة مع الشرط على ثلاثة أقوال: يبطل الشرط والهبة معا، يصحان معا، يبطل الشرط وتصح الهبة(٥).

أدلة الضابط :

١- لأنه عليه السلام «أجاز العمرى وأبطل الشرط»(٦).

---

(١) انظر: كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ٤/ ١٣١.

(٢) درر الحكام ٢/ ٤٢٧.

(٣) انظر: كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ٥/ ٩١.

(٤) انظر: المحلى ٨/ ٥٩.

(٥) انظر: شرح النيل لأطفيش ١٢/ ٣٩- ٤٠.

(٦) كما في قوله ﷺ: "العمـرى ميراث لأهلها" رواه البخاري ٣/ ١٦٥ (٢٦٢٥) ومواضع أخر، ومسلم ٣/ ١٢٤٦ (١٦٢٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.
وانظر: كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ٤/ ١٣١.

٢- ولأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض، وهو الربا بعينه، ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات كالهبة فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه[١].

تطبيقات الضابط:

١- العمرى جائزة للمعمَر له حال حياته ولورثته من بعده[٢] فلو قال شخص لآخر: أعمرتك داري هذه حياتك أو أعطيتكها حياتك أو وهبتها لك حياتك، فإذا مت فهي لي أو لورثتي - فالتمليك الواقع على هذا الوجه جائز، ولو توفي الموهوب له فلا يرد المال الموهوب للواهب أو لورثته، بل يصبح ذلك إرثا لورثة الموهوب له؛ لأن العمرى بشرط الاسترداد بعد وفاة الْمُعْمَر له بما أنها تمليك في الحال كان التمليك صحيحا والشرط باطلا؛ لأن الهبة من العقود التي لا تبطل بالشروط الفاسدة[٣].

٢- لو وهب شخص لآخر أرضا على أن ما يخرج منها من زرع ينفق الموهوب له ذلك على الواهب، فإن كان في الأرض كرْم أو أشجار جازت الهبة، وبطل الشرط، لأنه في الثمر شَرَطَ على الموهوب له ردَّ

---

(١) انظر: كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ١٣١/٤.

(٢) انظر: نصب الراية للزيلعي ٢٧١/٥- ٢٧٢.

(٣) انظر: درر الحكام٤٢٧/٢، البحر الرائق لابن نجيم ٢٨٥/٧، نصب الراية ٢٧١/٥- ٢٧٢، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٠١/٦-٣٠٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ١١٢/٣-١١٣، شرح منتهى الإرادات ٤٣٥/٢.

بعض الهبة على الواهب، وهذا شرط فاسد، فتجوز الهبة ويبطل الشرط؛ لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[١].

٣- لو وهب شخص لآخر دارا على أن يرد عليه شيئا منها ولو معينا كثلث الدار أو ربعها أو على أن يعوض في الهبة شيئا عنها، صحت الهبة وبطل الشرط؛ لأنه شرط مناقض لمقتضى عقد الهبة، ولجهالة العوض المشروط على الموهوب له، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٢].

٤- إذا وهبت امرأة مهرها لزوجها على أن لا يطلقها وقَبِلَ الزوج ذلك، فالهبة صحيحة والشرط باطل؛ لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٣].

٥- إذا اشترط الواهب على الموهوب له شرطا ينافي مقتضى عقد الهبة مثل أن يشترط عليه أن لا يبيع الشيء الْمُتَّهَبَ أو أن لا يَهَبَه لغيره، أو أن لا ينتفع به في لباس إن كان مما يلبس أو غير ذلك، فإن الهبة تنعقد عليه صحيحة ويلغى الشرط الفاسد، إذ مقتضى الملك التصرف المطلق، فالحجر فيه مناف لمقتضاه، فتصح الهبة المشروط فيها ما ينافي مقتضاها مع فساد الشرط[٤].

٦- لو قال شخص لآخر: وهبت لك نصف أرضي على أن تشتري باقيها، صحت الهبة، ولغا الشرط[٥].

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: مجمع الضمانات لغانم بن محمد البغدادي ص ٣٣٨.

(٢) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٥/٧٠٦- ٧٠٧.

(٣) انظر: الذخيرة البرهانية لابن مازه ٨/٣٩٤.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١١٠، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٣٩٦، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٤.

(٥) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٣٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٣

نص الضابط: لَا تَجُوزُ هِبَةُ مَا لَيْسَ بِمَالٍ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- العقود لا تَرِدُ على غيرِ الـمُتَمَوَّلِ[٢]. (أعم).

شرح الضابط:

هذا الضابط متعلق بالأحكام الخاصة بركن الموهوب من أركان الهبة.

ومن المعلوم أن من خصائص الشيء الموهوب أن يكون «مالا، متقوما، صالحا للملك والتمليك».

والضابط هنا جاء جامعا لتلك الخصائص موضحا الأحكام المترتبة عليها.

وقد قسم الكاساني الأشياء التي لا تعتبر محلاً للهبة نظرا إلى عدم اعتبارها مالا إلى ثلاثة أقسام، فقال: لا تجوز هبة ما ليس بمال أصلا كهبة الحر، والميتة، والدم، وصيد الحرم والإحرام، والخنزير وغير ذلك، ولا هبة ما ليس بمال مطلقٍ كأم الولد والمدبر المطلق والمكاتب، لكونهم أحرارا من وجه؛

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٩، الفتاوى الهندية ٤/٣٧٤، مطالب أولي النهى ٤/٣٩٩.

(٢) حاشية الجمل ٣/٤٠٦، تحفة المحتاج ٥/٣٠٩.

ولهذا لم يجز بيع هؤلاء، ولا هبة ما ليس بِمُتَقَوَّم كالخمر، ولهذا لم يجز بيعها[١].

ويدخل في ما ليس بمال ما لا فائدة فيه من الْمُحَقَّرَاتِ والحشرات، لانتفاء المقصود من منفعة العين الموهوبة وهو الانتفاع.

كما يدخل في ما ليس بمتقوَّم الأشياء المباحة بين الناس التي لا تدخل تحت ملك أحد كالمياه في الأنهار والحطب والحشيش في الغابات، وغير ذلك.

أدلة الضابط :

١- لأن الهبة عقد تمليك فيستدعي شيئا مملوكا يضاف إليه عقد الهبة ليصح التمليك فيه[٢].

٢- ولأن العقود لا تَرِدُ على غير المتموَّل[٣].

٣- ولأن محل الهبة مال قائم مملوك للواهب وقت العقد[٤].

تطبيقات الضابط :

١- لا تصح هبة المال الحرام والنجس؛ لأنه لا يصح تملكه من المسلم، مثل: الخمر، والميتة ولحم الخنزير والمال المغصوب، والعذِرة، عند الجمهور، ومثل ذلك الكلب، والزبل، والجلد النجس عند الشافعية[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١١٩/٦.

(٢) المبسوط ٩٨/٨.

(٣) حاشية الجمل ٤٠٦/٣، تحفة المحتاج ٣٠٩/٥.

(٤) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٠٢/٥.

(٥) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٧٠٢/٥، المبسوط للسرخسي ٢٣٥/١١، ١٠٦/١٢، المنتقى=

٢- لا تصح هبة الأشياء التافهة التي لا تعدّ في عادة الناس مالاً متمولا وإن كانت من جنس الأموال، وتختلف العادة في ما يعدّ منها مالا وما لا يعد باختلاف الزمان والمكان[١].

٣- المنافع كسكنى الدار، وركوب الدابة، ونحو ذلك ليست بمال متقوم، ولا تصح هبة غير المال المتقوم؛ لمنافاة عقد الهبة للمنافع؛ فإذا حدثت صارت عارية أو إجارة لا هبة[٢].

٤- هبة الحشرات غير جائزة في المذهب الشافعي؛ لأنها غير متمولة، وما ليس بمال لا تجوز هبته[٣].

٥- شرط الهبة أن يكون الشيء الموهوب مملوكا في نفسه، فلا تجوز هبة الأشياء المباحة التي لا ملك لأحد فيها؛ لأن الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال[٤] ومثال المباح: الماء الذي يكون في الحياض والآبار والعيون، فهو ليس بمملوك لأحد بل هو مباح في نفسه، سواء كان في أرض مباحة أو مملوكة؛ والسبب في ذلك أن الماء في الأصل

= للباجي ٦/٣٢٢-٣٢٣، شرح مختصر خليل للخرشي٧/١٩٣، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٦٦، حاشية الجمل ٣/٤٧٢- ٤٧٣، تحفة المحتاج ٦/٣٠٤ مغنـــي المحتــاج ٣/٥٦٤، كشاف القناع ٢/٤٣٥، ٤/٣٠٦، الإنصاف للمرداوي ١٢/٢٠٧، المحلى لابن حــزم ٨/١٥١، التاج المذهب ٣/٢٦٢- ٢٦٣، شرائع الإسلام ١/٢٦٨، شرح النيل ١٢/٧.

وخالف الحنابلةُ والزيديةُ الشافعيةَ فأجازوا هبة الكلب والنجاسة، باعتبار الهبة عقد تبرع ونقلُ اليد عن النجاسات دون تمليك جائزٌ، فيحل محل القبض.

انظر: كشــاف القناع ٢/٤٣٥، ٤/٣٠٦، الإنصاف للمرداوي ١٢/٢٠٧، التاج المذهب ٣/٢٦٢-٢٦٣.

(١) انظر: المجموع للنووي ٥/١٩٢.

(٢) انظر: المبسوط ٥/٧١.

(٣) انظر: البجيرمي على الخطيب ٣/٣٦٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٩.

خُلق مباحا لقول النبي - عليه الصلاة والسلام: «الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلأ والنار»[(١)] والشركة العامة تقتضي الإباحة، إلا أنه إذا جعل في إناء وأحرزه به شخص فقد استولى عليه، وهو غير مملوك لأحد، فيصير مملوكا للمستولي كما في سائر المباحات غير المملوكة، وإذا لم يوجد ذلك بقي على أصل الإباحة الثابتة بالشرع[(٢)]، ومثل الماء الاحتشاش والاحتطاب والاغتنام ونحوها لأنها من المباح[(٣)].

استثناءات من الضابط :

الأعيان النجسة محرمة بالكتاب والسنة والإجماع، والأصل فيها أن لا ينتفع بها من غير ضرورة.

ومن الضرورات المبيحة للانتفاع بالنجاسات إنقاذ النفوس من الهلاك أو تلف الأعضاء؛ لأن حفظ النفوس من الضرورات الخمس التي جاءت الشرائع بحفظها واعتبارها؛ لما تحقق من مصلحة البقاء للنوع البشري؛ والشريعة إنما جاءت من أجل جلب المصالح ودرء المفاسد.

وعلى ضوء هذا قرر مجمع الفقه الإسلامي الدولي ما يلي:

١- يجوز نقل العضو من جسم إنسان إلى جسم إنسان آخر إن كان هذا

---

(١) رواه أحمد ١٧٤/٣٨ (٢٣٠٨٢)، وأبو داود ١٧٣/٤- ١٧٤ (٣٤٧١) من حديث رجل من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ، بلفظ "المسلمون شركاء في ثلاث" وقال ابن حجر في بلوغ المرام ص ١٩٠ (٩٥٠): رجاله ثقات، ورواه ابن ماجه ٨٢٦/٢ (٢٤٧٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٨٨/٦- ١٨٩، فتح القدير ٨٧/١٠.

(٣) انظر: قواعد ابن رجب ص ٧٨.

العضو يتجدد تلقائيا كالدم ويراعى في ذلك كون الباذل (الواهب) كامل الأهلية[١].

٢- يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت قبل موته أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إن كان المتوفَّى مجهول الهوية أو لا ورثة له[٢].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدورات ١-١٤ القرارات ١ ت ١٣٤ ص ١٠٨.
(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدورات ١-١٤ القرارات ١ ت ١٣٤ ص ١٠٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٤

نص الضابط: هِبَةُ المَـجهُولِ والمَعدُومِ باطلةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- هبة المعدوم تقع باطلة[٢].

٢- لا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت العقد[٣].

٣- لا تصح هبة مجهول لم يتعذر علمه[٤].

٤- لا تجوز هبة مجهول[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- الهبة لا تصح مع الخطر[٦]. (أعم).

٢- لا تجوز الهبة حتى تكون معلومة مقسومة مقبوضة[٧]. (بيان).

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٢٩ - ٤٣٠، المحلى لابن حزم ٥٦/٨، ١٦٩، البحر الزخار لابن المرتضى٥/١٣٤.

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٢٩٧/٧.

(٣) الفتاوى الهندية ٣٧٤/٤.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٤٣٤/٢.

(٥) شرح النيل لأطفيش ١٣/١٢.

(٦) فتاوى قاضيخان ٢٦٦/٣.

(٧) شرح النيل ٢٠/١٢.

٣- تجوز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود[١]. (مخالفة).

شرح الضابط:

الجهل: نقيض العلم[٢]، والعُدْمُ والعَدَمُ: فقدان الشيء وذهابه[٣].

والضابط هنا مبيِّن للأحكام المتعلقة بهبة كل ما يجهل حاله من الأعيان القابلة للهبة سواء كانت تلك العين موجودة وقت الهبة أو معدومة وقتها.

وتوضيح ذلك أن الفقهاء مختلفون في صحة هبة المجهول والمعدوم.

فذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وهو الظاهر من تفريعات الزيدية إلى أن هبة المجهول والمعدوم غير صحيحة، دون تفريق بين كونها خالية عن شرط العوض أو متضمنة له[٤] وهذا القول هو الجاري على الضابط، وهو يمثل الرأي الراجح (الجمهور).

بينما ذهب المالكية وهو المتبادر من تفريعات الإباضية وهو اختيار ابن تيمية رحمه الله إلى التفريق بين هبة الثواب التي تجري مجرى البيع، فلا تجوز في مجهول ولا معدوم، وبين الهبة التي هي محض تبرع لا يقصد منها المتبرِّع معاوضة، فتجوز في المجهول والمعدوم[٥].

ولعل سبب الخلاف في ذلك راجع إلى الاختلاف في العلل والأقيسة.

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٤٧، التاج والإكليل للمواق ٨/٧.

(٢) لسان العرب لابن منظور ١١/١٢٩.

(٣) لسان العرب ١٢/٣٩٢.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٣٧٤، البحر الرائق ٧/٢٨٧، البجيرمي على الخطيب ٣/٢٦٢، المغني لابن قدامة ٥/٢٨٣- ٢٨٤ البحر الزخار ٣/٢٦٣، ٥/١٣٧، المحلى ٨/٥٦- ٥٩، ١١٠.

(٥) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/٥١، شرح النيل ١٢/١٣، ٢٠، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٣٤.

فمن ذهب إلى أن الهبة عقد تمليك ـ وهم الجمهور ـ قالوا: لا يصح تعليق الهبة بالشروط؛ لأنها عقد تمليك، فلم تصح في المجهول كالبيع[١].

ومن أرجع الهبة الخالية عن العوض إلى التبرعات وهم المالكية والإباضية قالوا: الغرر في الهبة لغير الثواب يجوز[٢]، فصحت هبة المجهول؛ لأنها تبرع.

واتفقوا على عدم صحة هبة الثواب في المجهول والمعدوم؛ لأنها معاوضة، والمعاوضة لا تصح في هذا.

أدلة الضابط :

١- الدليل على عدم صحة هبة المجهول: أن الهبة عقد تمليك ولا يصح تعليقها بالشروط، فلم تصح في المجهول كالبيع[٣].

٢- والدليل على عدم صحة هبة المعدوم: أن الموهوب معدوم، والمعدوم ليس بمحلٍّ للملك، فلا يمكن تمليكه بالعقد، فوقع باطلا، فلا يملك بعقد جديد[٤]، ولأن المعدوم ليس شيئا[٥].

تطبيقات الضابط :

١- إذا دفع رجل إلى آخر ألفا مضاربة، فربح فيها ألفا، فقال له رب المال: ادفع إلي رأس المال وما بقي فهو لك، لم يَجُزْ ذلك إذا كان المال قائما بعينه ـ أي قبل التنضيض؛ لأنها هبة مجهولة[٦] والأصل عدم جواز هبة المجهول.

---

(١) انظر: المغني ٥/٣٨٤.
(٢) التاج والإكليل للمواق ٨/٦، منح الجليل لعليش ٨/١٧٦.
(٣) انظر: المغني ٥/٣٨٤.
(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٩٤.
(٥) انظر: المحلى ٨/٥٦.
(٦) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٣٢٢.

٢- لو وهب شخص لآخر ما يثمر نخيله هذا العام، أو ما تلد أغنامه هذه السنة، لم تجز هذه الهبة، لأن الهبة تمليك للحال، وثمرة النخيل وما تلد الأغنامُ معدومٌ في الوقت الحاضر، وتمليك المعدوم محال[(١)].

٣- لا تجوز هبة لبن في ضرع، ولا صوف على ظهر؛ لأنها تمليك، فلم تصح في المجهول[(٢)].

٤- من وهب لآخر شيئا وشرط عليه أن يهب له هو الآخر هبة، بطلت هبته؛ لأنه اشترط عوضا مجهول القدر والصفة، والهبة في المجهول باطلة[(٣)].

٥- لو اشترى شخص من آخر ثمارا لم يبدُ صلاحها بمبلغ مالي، وقبض البائع الثمن، ثم وهب المشتري للبائع ذلك الثمن، لم تصح تلك الهبة، إذ هي في مقابلة الثمار ضمنا، فكأنه وهب له ثمارا لم يبدُ صلاحها، وهذا من المجهول الذي لا تعرف حقيقته أيصلح أم يفسد، وهبة المجهول باطلة[(٤)].

٦- لو وهب شخص ما في ذمة شخص آخر من دين ونحوه، فإن كانت الهبة لغير من عليه الحق، لم تصح الهبة على الأشبه؛ لأنها مشروطة بالقبض، وهو معدوم هنا[(٥)].

٧- إذا وهب شخص لآخر سيارة من معرض سيارات مختلف «الموديلات»، ولم يعين موديل تلك السيارة الموهوبة، أو وهب له

(١) انظر: المبسوط ١٢/٧١- ٧٢، بدائع الصنائع ٦/١١٩.
(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٤، مطالب أولي النهى ٤/٣٩٤، المحلى ٨/١٦٧- ١٦٩.
(٣) انظر: الأم للشافعي ٤/٣.
(٤) انظر: البحر الزخار ٥/١٣٧.
(٥) انظر: شرائع الإسلام ٢/١٧٩.

جوالا أو ساعة من مجموعة من الجوالات أو الساعات المختلفة الأجناس، لم تصح تلك الهبة لجهالة هذه الهبة قياسا على رأي الجمهور من غير المالكية والإباضية.

استثناءات من الضابط :

١- إذا لم يعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث، فلا بد أن يجري بينهما تواهب، وإلا لبقي المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة، لكنها تحتمل للضرورة، فلو أخرج بعضهم نفسه من الإرث ووهب نصيبه لهم عن جهل، صحت الهبة وإن كان مجهول القدر والصفة للضرورة[١].

٢- اختلاط الثمار، والحجارة المدفونة في البيع، ونحوهما من الأشياء التابعة، فلو وهب البائع ذلك للمشتري جازت الهبة وإن كانت مجهولة هنا؛ لأجل الضرورة[٢].

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧٠، حاشية الجمل ٥٩٦/٣.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٧٠، حاشية الجمل ٥٩٦/٣، البجيرمي على المنهج ٣٠٩/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٥

نص الضابط: تصحُّ هبةُ المشاعِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- هبة المشاع جائزة[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- لا تصح الهبة في شياع[٣]. (مخالفة).

٢- لا تجوز هبة المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم[٤]. (مخالفة).

شرح الضابط :

المشاع بضم الميم وفتحها : اسم مفعول من شاع، وهو غير المقسوم. والشائع المنتشر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٣/٥، الإنصاف للمرداوي ١٣١/٧، البحر الزخار لابن المرتضى ١٣٤/٥.

(٢) شرائع الإسلام للحلي ١٨٠/٢، وانظر: بدائع الصنائع للكاساني ١١٩/٦، بداية المجتهد لابن رشد ٢٤٧/٢، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٢٢٦/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٨١/٢، المحلى لابن حزم ١٠٦/٨.

(٣) شرح النيل لأطفيش ١٢/١٢.

(٤) بدائع الصنائع ١١٩/٦.

قال الأزهري: هو من قولهم شاع اللبن في الماء إذا تفرق فيه ولم يتميز.

ومنه قيل: سهم شائع، لأن سهمه متفرق في الجملة المشتركة.

والمشاع اصطلاحا: هو الحصة المنتشرة في كل جزء من جزئيات الشيء، بمعنى أن الحصة مقدرة غير معينة ولا مفرزة(١).

مثال الشائع الذي لا ينقسم: دابة واحدة، أو ثوب واحد، أو حمام واحد، أو شجر مفرد، أو أرض ببعضها بئر أو بناء أو معدن، أو ما كان للتجارة.

فهذا مما لا ينقسم، فكل نوع منه على حدة، والعلة في ذلك أن يحصل في قسمته أحد أمرين:

إما أن يتضرر بالقسمة فيفسد، وإما أن لا تكون في قسمته منفعة(٢).

والضابط هنا منحصر في الأحكام المتعلقة بهبة الأشياء المشاعة سواء التي لم تقسم بعد إذا كانت مما تقبل القسمة، أم التي لا تقبل القسمة لفساد الغرض منها عند قسمتها.

ذلك أن الهبة بالنسبة للشيء الموهوب إما مقسومة وإما غير مقسومة.

أما المقسومة فحكمها واضح، لأن قبضها يتم مباشرة.

وأما غير المقسومة فهي المقصودة بهبة المشاع، وهي محل البحث هنا.

فيرى جمهور العلماء من المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية،

---

(١) انظر: تحرير ألفاظ التنبيه لأبي زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي ١/٢١٢.

(٢) انظر: المدونة لسحنون ٤/٢٨٦، ٣١٣، حاشية العدوي على الخرشي ٦/١٩٧، مطالب أولي النهى ٦/٥٥٠.

والزيدية، والإمامية، صحة هبة المشاع للشريك وغيره سواء انقسم الموهوب أو لم ينقسم[١].

بينما يرى أبو حنيفة عدم صحة هبة جزء مما ينقسم مشاعا لا من الشريك ولا من غيره، أما هبة المشاع مما لا ينقسم فوافق فيه الجمهور في صحة هبته[٢] وعلل ذلك الكرابيسي في فروقه بقوله: «أما الهبة فالمانع من جواز الهبة في المشاع إيجاب ضمان القسمة على الواهب، فيكون فيه إيجاب الضمان على المتبرع بتبرعه فيما تبرع به لمن تبرع عليه، وهذا المعنى يوجد فيما يقبل القسمة دون ما لا ينقسم»[٣].

وانفردت الإباضية بعدم صحة هبة المشاع ممن اشترط القبول والقبض معا؛ لعدم حصول القبض، ولم يفرقوا بين ما ينقسم من المشاع وما لا ينقسم منه[٤].

ولعل سبب الخلاف بين المذاهب في ذلك هو تعارض ظواهر النصوص مع القياس، ولكل مجتهد فهمه ورأيه ـ كما هو موضح في الأدلة.

زد على ذلك مراعاة شرط القبض في الهبة، حيث قال بعض العلماء: يشترط في الهبة وقوع القبض الحقيقي[٥]، فمن رأى أن قبض المشاع بقسميه يصح بالقبض التقديري مثلما صح بالحقيقي وهم الجمهور أطلق الصحة في هبة المشاع، والذين اشترطوا القبض الحقيقي تفرقوا: فمنهم من منع هبة المشاع

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/٢٤٧، فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٥/٢٢٦، أسنى المطالب ٢/٤٨١، المغني ٥/٣٨٣، الإنصاف ٧/١٣١، المحلى ٨/٧، البحر الزخار ٥/١٣٤، شرائع الإسلام ٢/١٨٠.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٩/٢٧- ٢٨، المبسوط للسرخسي ١٢/٤٩، بدائع الصنائع ٦/١٢٠.

(٣) الفرروق للكرابيسي ٢/١٥٠.

(٤) انظر: شرح النيل ١٢/١٢ حيث يقول المؤلف "لا تصح الهبة في شياع".

(٥) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٥/٢٢٦.

فيما تمكن قسمته إذ لا ضرورة في عدم فرزه وتسليمه للموهوب له، وأجازها فيما لا تمكن قسمته؛ لأجل الضرورة الحاصلة عند إرادة القسمة على ما بينا سابقا، وهذا رأي أبي حنيفة.

ومنهم من أبطل هبة المشاع مطلقا لعدم القبض الحقيقي وهم الإباضية كما تقدم.

أدلة الضابط :

أدلة الجمهور على أن هبة المشاع جائزة مطلقا :

أولاً : القرآن :

قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِى بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُاْ ٱلْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾[البقرة: ٢٣٧].

وجه الدلالة من الآية : أنه سبحانه وتعالى أوجب نصف المفروض في الطلاق قبل الدخول إلا أن يوجد الحطُّ من الزوجات عن النصف من غير فصل بين العين والدين، والمشاع والمقسوم، فدل على جواز هبة المشاع في الجملة[(١)].

ثانيًا : السنة :

١- وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يرد عليهم ما غنمه منهم، قال رسول الله ﷺ: «ما كان لي ولبني عبد المطلب، فهو

(١) انظر: أحكام القرآن للكيا الهراسي ١/١٥٣، أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٩٧، بدائع الصنائع ٦/١١٩.

لكم»[١]. وهذا هبة مشاع[٢].

٢- وروى عمير بن سلمة الضمري، قال: «بينا نحن نسير مع رسول الله ﷺ ببعض أثايا الروحاء وهم حرم، إذا حمار وحش معقور، فقال رسول الله ﷺ: «دعوه فيوشك صاحبه أن يأتيه»، فجاء رجل من بهز هو الذي عقر الحمار، فقال: يا رسول الله، شأنكم هذا الحمار؟ فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر يقسمه بين الناس»[٣].

ووجه الدلالة فيه قوله «شأنكم بالحمار» حيث وهبه لهم فصار لكل فرد منهم فيه حصة شائعة، والحمار مما لا يقسم.

٣- عن مجاهد أن رجلا في غزوة خيبر مع النبي ﷺ والغنائم بين يديه قال للنبي ﷺ: أعطني هذه ـ لكبَّة غَزْلٍ ـ أشد بها عظم رحلي فقال رسول الله ﷺ: «أما نصيبي منها فهو لك»[٤].

وجه الاستدلال في الحديث: أن هذا هبة المشاع فيما يقسم، فقد وهب رسول الله ﷺ نصيبه من الرجل وكان مشاعا، إذ كبة الغزل التي بينه ﷺ وبين أصحابه من الغنائم لم تقسم بعد بينهم وهي مما يمكن قسمه، وقد وهب نصيبه منها، فدل على أن هبة المشاع جائزة فيما يقسم وما لا يقسم[٥].

---

(١) رواه أحمد ٣٣٩/١١ (٦٧٢٩)، وأبو داود ٦٣/٣ (٢٦٩٤)، والنسائي ٢٦٢/٦ (٢٦٨٨) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) انظر: المغني ٣٨٣/٥.

(٣) رواه أحمد ١٨٦/٢٤ (١٥٤٥٠)، والنسائي ٢٠٥/٧ (٤٣٤٤)، وابن حبان في صحيحه ٥١٣/١١ (٥١١٢)، والحاكم في المستدرك ٧٢٣/٣ (٦٦١٨)، والبيهقي في الكبرى ٤٠٨/٩ (١٨٩١٥).

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه ١٨٢/٥ (٩٣١٠).

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٢٠/٦، المبسوط ٢٧/١٠.

٤- أنه ﷺ وهب الأشعريين ثلاث ذود[1] من الإبل بينهم[2] وهذا نص في هبة المشاع[3].

ثالثًا: القياس:

١- لأن المشاع يجوز بيعه، فجازت هبته، كالذي لا ينقسم[4].

٢- ولأنه مشاع ولو كان منقسما، فأشبه ما لا ينقسم في جواز هبته[5].

أدلة الحنفية على أن هبة المشاع تجوز فيما لا يقبل القسمة دون ما يقبلها:

١- القبض شرط جواز عقد الهبة، والشيوع يمنع من القبض؛ لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور؛ فإن سكنى نصف الدار شائعا ولبس نصف الثوب شائعا، محال، ولا يتمكن من التصرف فيه بالتصرف في الكل؛ لأن العقد لم يتناول الكل، وهكذا نقول في المشاع الذي لا يقسم أن معنى القبض هناك لم يوجد؛ لما قلنا، إلا أن هناك ضرورة؛ لأنه يحتاج إلى هبة بعضه، ولا حكم للهبة بدون القبض؛ والشياع مانع من القبض الممكن للتصرف، ولا سبيل إلى إزالة المانع بالقسمة؛ لعدم احتمال القسمة، فمسَّت الضرورة إلى الجواز، وإقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف، ولا ضرورة هنا؛

---

(١) الذود: الذود جمع لا واحد له من لفظه، وهو يطلق على القطيع من إناث الإبل من ثلاث إلى تسع، وقيل أكثر من ذلك انظر: لسان العرب ٣/١٦٧.

(٢) رواه البخاري ٨/١٢٨ (٦٦٢٣)، ومسلم ٣/١٢٦٨ (١٦٤٩) من حديث أبي موسى الأشعري رضي الله عنه، وقد وقع في بعض الروايات (ثلاث ذود) وفي بعضها (خمس ذود).

(٣) انظر: المحلى ٨/٧.

(٤) انظر: المغني ٥/٣٨٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٣٣.

(٥) انظر: المغني ٥/٣٨٣.

لأن المحل محتمل للقسمة، فيمكن إزالة المانع من القبض الممكن بالقسمة[١].

٢- ولأن الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القبض المطلق، والمطلق ينصرف إلى الكامل، وقبض المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث الصورة دون المعنى، إلا أنه اكتفى بالصورة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة، ولا ضرورة هنا، فلزم اعتبار الكمال في القبض، ولا يوجد في المشاع[٢].

٣- ولأن الهبة عقد تبرع، فلو صحت في مشاع يحتمل القسمة، لصار عقد ضمان؛ لأن الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة، فيلزمه ضمان القسمة، فيؤدي إلى تغيير المشروع؛ ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض؛ لما أنه لو ملكه بنفس العقد لثبتت له ولاية المطالبة بالتسليم، فيؤدي إلى إيجاب الضمان في عقد التبرع، وفيه تغيير المشروع، وكذا هذا، بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن هناك لا يتصور إيجاب الضمان على المتبرع؛ لأن الضمان ضمان القسمة، والمحل لا يحتمل القسمة فهو الفرق[٣].

٤- ولأن المانع من جواز الهبة في المشاع إيجاب ضمان القسمة على الواهب، فيكون فيه إيجاب الضمان على المتبرع بتبرعه فيما تبرع به لمن تبرع عليه، وهذا المعنى يوجد فيما يقبل القسمة دون ما لا ينقسم، وإذا لم يؤد فيما لا ينقسم إلى إيجاب الضمان على المتبرع بتبرعه، جازت الهبة وإن كان مشاعا[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٢٠.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٢٠.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٢٠.
(٤) الفروق: الكرابيسي ٢/ ١٥٠.

تطبيقات الضابط :

١- إذا وهب الرجل جزءاً من جميع ماله على الإشاعة لمحجوره، جازت هبته في ذلك حاشى ما سكن من الدار أو لبس من الثياب[١] لأن الأصل جواز هبة المشاع.

٢- تجوز هبة أرض مزروعة مع زرعها، كما تجوز هبة أحدهما دون الآخر، ولو قبل بدو صلاح الزرع، ولو بلا شرط قطع الزرع، لأن هبة المشاع جائزة[٢].

٣- إذا وهب شخص لآخر جزءا من أرضه، فلا بد أن يبين المالك ذلك الجزء الموهوب، بأن يقول: وهبت لك كذا سهما من كذا سهما، كوهبتك ثلثها أو نحوه، فإن هذه الهبة تعتبر صحيحة، لأنها هبة مشاع، وهبة المشاع جائزة[٣].

٤- تجوز هبة جزء مسمى من الحيوان الواحد كثلث أو ربع أو نحو ذلك للشريك ولغير الشريك، وللغني والفقير[٤]بناء على جواز هبة المشاع

٥- لو وهب شخص لاثنين شيئا، فقبلا وقبضا، ملك كل واحد منهما ما وهب له، فإن قبل أحدهما وقبض، وامتنع الآخر، صحت الهبة للقابض، بناء على صحة هبة المشاع[٥].

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: التاج والإكليل للمواق ٨/٢١.
(٢) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٨١.
(٣) انظر: كشاف القناع ٤/٣٠٥.
(٤) انظر: المحلى ٨/١٠٦.
(٥) انظر: شرائع الإسلام ٢/١٨٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٦

نص الضابط: الهِبَةُ لا تَلْزَمُ إِلا بِالقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١ـ الهبة لا تلزم قبل القبض[٢].

٢ـ الهبة لا تلزم ما لم تقبض[٣].

٣ـ الهبة لا تلزم قبل إيصال القبض بها[٤].

٤ـ لا تتم الهبة إلا بالقبض[٥].

٥ـ لا حكم للهبة ما لم تقبض[٦].

٦- الهبة لا تملك إلا بالقبض[٧].

٧ـ الهبة ما لم تقبض فهي على ملك الواهب[٨].

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٩١/٤، حاشية البجيرمي ٤٧١/٣، الفروع لابن مفلح ٢٠١/٤، الإنصاف للمرداوي ١٢٢/٧.
(٢) كشاف القناع للبهوتي ٤٧٣/٦.
(٣) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤١/١١.
(٤) حاشية الشلبي ٩٢/٥.
(٥) الأم للشافعي ٢١٣/٨.
(٦) شرائع الإسلام للحلي ١٧٩/٢.
(٧) المنثور للزركشي ٤٠٦/٢ وبألفاظ أخر منها: "لا تُملَكُ الهبةُ إلا بالقبض" عارضة الأحوذي ٣٦/٦، مغني المحتاج ٤٠٠/٢، "لا تُملك الهبة حتى تُقبض" شرح النيل وشفاء العليل ٦٤/١٢.
(٨) الجوهرة النيرة للعبادي ٣٢٥/١.

صيغ ذات علاقة :

١- التبرع لا يلزم إلا بالقبض[١]. (أعم).

٢- ما يفتقر إلى القبض لا يلزم إلا بقبضه[٢]. (أعم).

٣- ما كان في يد المتَّهب يلزم بالعقد[٣]. (تفرع).

٤- الهبة تلزم بالقول[٤]. (مخالفة).

شرح الضابط :

القبض لغة : الأخذ[٥]، واستعمله الفقهاء بمعنى حيازة الشيء والتمكن منه والاستيلاء عليه استيلاء يمكن القابض من التصرف في المقبوض بلا مانع[٦]، والقُبُوضُ تختلف في الأشياء بحسب اختلافها في أنفسها وبحسب اختلاف عادات الناس فيها، فمنها ما يكون قبضه باليد مناولة كالنقود والثياب والحلي ونحوه مما يسهل أخذه باليد، ومنها ما يكون بالنقل كالأحجار والدواب والأثاث والمركبات، ومنها ما يكون بالتخلية كالأرض والدور والأشجار[٧]،

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٣١/٢.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٣٧٢/٤ وبلفظ آخر: "ما كان القبض فيه من تمام العقد لا يلزم إلا بالقبض" المنثور للزركشي ٤٠٦/٢، وانظرها بلفظ: "ما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم إلا بالقبض"، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الإنصاف ١٢٢/٧.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٥٤/٦، الفواكه الدواني للنفراوي ١٥٥/٢، وبألفاظ أخر "الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض"، "غير المكيل والموزون تلزم الهبة فيه بمجرد العقد" المغني ٣٨١/٥.

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور ٢١٣/٧.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٤٨/٥، الرسائل العشر للطوسي ص ٢٧٩.

(٧) انظر: بدائع الصنائع٢٤٤/٥، المنتقى للباجي ٢٨٣/٤، المجموع للنووي ٣٣٤/٩، المغني ٩٠/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٦٣/٢.

بحيث يكون الشيء في قبضة الإنسان وتحت سيطرته[١].

وهذا الضابط يقرر أن الهبة لا تلزم الواهب ولا يترتب حكمها في انتقال الملك من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له انتقالاً تامًّا بمقتضاه يكون للموهوب له سلطة التصرف في المال الموهوب واستغلاله والانتفاع به، إلاَّ باستلامه.

وبهذا الضابط قال أكثر أهل العلم من الحنفية، والشافعية، والحنابلة، وبعض الزيدية، وقول للإباضية، والإمامية[٢] على اختلاف بينهم في بعض تفاصيل الضابط وجزئياته فيما يتعلق بكيفية القبض، ومدى اعتباره شرطًا في صحة العقد وإنشائه أو في نفوذه وتمامه[٣]، وذلك موضعه بالتفصيل كتب الفروع لدى المذاهب الفقهية.

ولم يقل بهذا الضابط المالكيةُ في المشهور من المذهب[٤]، فصرحوا بأن الهبة تلزم بمجرد القول، أي صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل، وذلك هو السبب الناقل للملك بلا افتقار إلى القبض، فيقضي بها ولا يحل الرجوع فيها[٥]، ولكن نبَّهوا إلى أن الهبة ما لم تُحَز للموهوب له، فقد يطرأ عليها ما يبطلها من موت الموهوب أو ذهاب أهليته أو الإحاطة بماله[٦]، ووافق المالكية

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤٨/٥، البحر الرائق لابن نجيم ٢٦٨/٥.

(٢) انظر: حاشية الشلبي ٩٢/٥، أسنى المطالب ٣٩١/٤، المغني لابن قدامة ٣٨١/٥، كشاف القناع ٤٧٣/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٢١/٥، شرائع الإسلام للحلي ١٧٩/٢، شرح النيل وشفاء العليل ٩/١٢.

(٣) انظر: الفروع لابن مفلح ٦٤٢/٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٤٣٠/٢.

(٤) حكي في مذهب المالكية قول شاذ مفاده: أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، وما ورد من فروع مخالفة لمشهور المذهب على حدٍّ قول الخرشي فهي مبنية على ذلك القول الضعيف انظر: شرح الخرشي ١٠٦/٧، مواهب الجليل ٤٩/٦، حاشية الدسوقي ٢٢٦/٣، الفواكه الدواني للنفراوي ١٥٥/٢، منح الجليل لعليش ١٨٦/٨.

(٥) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ١٥٥/٢.

(٦) انظر: مواهب الجليل ٥٤/٦.

في ذلك أهل الظاهر[١] وبعض الزيدية[٢] وقول للإباضية[٣] على ما يظهر من تأمل النصوص الواردة في مؤلفاتهم، واستدلوا على ذلك بعموم النصوص التي تأمر بالوفاء بالعقود، وتحذِّر من نقضها والرجوع فيها، ومن ذلك قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وعن ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ قال: قال النبي ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»[٤] ووجه الدلالة لديهم: أن التحريم الثابت بهذا النهي المغلَّظ عن الرجوع في الهبة دليل على أن الهبة تلزم بمجرد العقد ولا تفتقر إلى القبض، ومن جهة القياس قالوا: إن الهبة عقد، فلم يفتقر لزومه إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود[٥].

وهذا الضابط معمول بمقتضاه على الاختلاف المذكور لدى الفقهاء، مرعي عندهم فيما أوردوه من تطبيقات في باب الهبات، لكنه ليس بمطرد في كل فرع، شأنه شأن أغلب الضوابط، فمن مستثنيات هذا الضابط: أن الهبة إذا وَقَعَتْ ضمن معاوضة، لم تفتقر إلى القبض[٦]؛ إذ «يُغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المستقلّ»[٧]، و«يُغتفرُ فيما دخل ضمنًا وتبعًا ما لا يغتفر في الأصول والمتبوعات»[٨]، وعلى ذلك قال الرافعي والنووي: «ولا تفتقر المحاباةُ الواقعةُ في بيعٍ ونحوه إلى القبض، لأنها في ضمن معاوضة»[٩]؛ إذ لا يخفى أنَّ المحاباة في البيع والشراء هبةٌ ضمنية في المبيع أو الثمن.

---

(١) انظر: المحلى لابن لابن حزم ٨/٦٢.
(٢) انظر: البحر الزخار ٥/٣٢١.
(٣) انظر: شرح النيل وشفاء العليل ١٢/٩.
(٤) رواه بهذا اللفظ البخاري ٤/٥٨ (٣٠٠٣)، ومسلم ٣/١٢٣٩ (١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ورواه أيضًا البخاري ٣/١٥٨ (٢٥٨٩)، ومسلم ٣/١٢٤١ (١٦٢٢) من حديث بن عباس رضي الله عنهما.
(٥) انظر: المنتقى للباجي ٦/١٠٨.
(٦) خبايا الزوايا للزركشي ص ٣١٩.
(٧) فتاوى الرملي ٢/١١٥.
(٨) زاد المعاد لابن قيم الجوزية ٥/٨٢٥.
(٩) روضة الطالبين للنووي ٦/١٣٦، ١٣٧.

أدلة الضابط :

١- عن أم كلثوم بنت أبي سلمه قالت: لما تزوَّج رسولُ الله ﷺ أم سلمة قال لها: «إني أَهْدَيتُ النجاشي أواق من مِسْكٍ وحلّة، وإني لا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أهديتُ إليه إلا مردودة عليَّ، فإذا رُدَّتْ إليَّ، فهي لك»، فكان كذلك[١] فاستدل بقول النبي ﷺ وفعله على أن الهبة لا تملك إلا بالقبض[٢] وما ورد من نصوص تنهى عن الرجوع في الهبة كحديث «العائد في هبته» السابق ذكره في شرح الضابط، محمول لدى القائلين بالضابط على أن الرجوع المنهي عنه هو ما كان بعد القبض، وعلى فرض أنه يشمل ما قبل القبض، فالمراد بذلك النهي: التغليظ في الكراهة إذا حصل الرجوع قبل الإقباض من غير ذي حاجة، أي لغير مصلحة راجحة معتبرة شرعًا[٣].

٢- عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «إنَّ أبا بكر الصديق نَحَلَها جِذَاذَ عشرين وَسْقًا من ماله بالغابة، فلما حَضَرَتْهُ الوفاةُ قال: والله يا بنيّة، ما من الناس أحدٌ أحبّ إليّ غنىً بعدي منك، ولا أعزَّ علي فقرًا بعدي منك، وإني كنتُ نحلتك من مالي جِذَاذ عشرين وَسْقًا، فلو كُنْتِ جذذتيه واحتزتيه كانَ لك، وإنما هو اليوم مالُ وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقتسموهُ على كتاب الله تعالى»[٤]

---

(١) رواه أحمد ٤٥/٢٤٦ (٢٧٢٧٦)، والطبراني في الكبير ٢٥/٨١ (٢٠٥)، والحاكم في المستدرك ٢/٢٠٥ (٢٧٦٦)، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي بقوله: منكر ومسلم الزنجي ضعيف وقال الهيثمي في المجمع ٤/١٤٨: وفيه مسلم بن خالد الزنجي، وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وأم موسى بن عقبة لم أعرفها، وبقية رجاله رجال الصحيح.

(٢) انظر: التلخيص الحبير للعسقلاني ٣/١٥٩.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ٥/٢٣٥.

(٤) رواه الإمام مالك في الموطأ ٢/٧٥٢ (٤٠)، وعبد الرزاق في المصنف ٩/١٠١ (١٦٥٠٧)، والبيهقي في السنن الكبرى ٦/٤٢١ (١٢٤٨٧).

فيه دليلٌ على أنّ مَنْ وهَبَ شيئًا في صحته، لكنه لم يقبضه حتى مرض الواهبُ، فإنَّ الهبة تبطل؛ لأنّ إقباضه في مرض الموت كابتداءِ العطية فيه، وهي مردودةٌ؛ لأنها في حكم الوصية، ولا وصية لوارث(١)، فأفاد ذلك أن الهبة لا تتم إلا بالقبض.

٣- روي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قضى في الأنحال، أنَّ ما قُبض منها فهو جائزٌ، وما لم يُقبض فهو ميراث(٢)، ولم ينكر عليه منكر، فدلَّ ذلك على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض(٣).

٤- روي عن أبي بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس وعائشة ـ رضي الله عنهم ـ من عدم لزوم الهبة حتى تُقبض، ولم يُعْرَفْ لهم في ذلك من الصحابة مخالفٌ، فكان إجماعًا منهم على أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض(٤).

٥- أن الهبة عقد إرفاق وإحسان كالقرض، فلا يملك إلا بالقبض(٥).

٦- أنَّ الهبةَ عقدٌ ضعيفٌ في نفسه، لتعرّيه عن العِوَض، فاحتاج إلى مؤيّد يقوّيه، وهو القبض، ليتم وتترتب عليه أحكامه(٦).

تطبيقات الضابط:

١- إذا مات الموهوب له بعد العقد وقبل القبض، بطلت الهبة(٧)؛ لأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض.

---

(١) البيان للعمراني ٨/١١٤.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ٥/٢١، والبيهقي في الكبرى ٦/١٧١ (١٢٣١١).

(٣) انظر: المحلى ٩/١٢٥.

(٤) البدائع ٦/١٢٣، شرح معاني الآثار ٤/٣٨٠، المغني لابن قدامة ٨/٢٤١، المبدع ٥/٣٦٣، كشاف القناع٤/٣٣٢، وانظر: الروايات عن الصحابة في السنن الكبرى للبيهقي ٦/١٧٠، المحلى ٩/١٢٥.

(٥) أسنى المطالب ٢/٤٨٢.

(٦) انظر: المبسوط ١٢/٤٨، ٤٩، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري على أصول البزدوي ٢/٦٩، ٢٠٦، الذخيرة للقرافي ٦/٢٣٦.

(٧) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ١/٣٢٥، الأم ٤/٦٥، المغني ٥/٣٨٠، شرائع الإسلام ١/١٦٠.

٢- إذا مات الواهبُ قبل قبض المال الموهوب، فإنَّ الهبة تبطل[١]؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض.

٣- إذا أرسل شخص بهدية إلى شخص آخر، فعلم الرسول بموت المهدِي أو بموت المهدَى إليه، فليس له إيصالها؛ لأن الهدية هبة، والهبةَ لا تلزم إلا بالقبض[٢].

٤- يصح للواهب بيع الأشياء الموهوبة قبل أن يقبضها الموهوب له[٣]؛ لأن الهبة ما لم تقبض فهي على ملك الواهب.

٥- الزيادة الحادثة في المال الموهوب قبل القبض هي من ملك الواهب؛ لأنها نتاج ملكه، إذ الهبة ما لم تقبض فهي على ملك الواهب[٤].

٦- لو ادعى رجل على رجل هبة، فإنه لا يلزم المدعى عليه الجواب عن ذلك؛ لأن الهبة لا تلزمه بمجرد القول[٥].

٧- إذا استُحِقَّ المال الموهوب أو هلك قبل القبض، بطلت الهبة، وليس للموهوب له عند المستحق أو الواهب شيءٌ[٦]؛ لأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض.

أ.د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: الجوهرة النيرة ١/٣٢٥، شرح ميارة على التحفة ٢/١٥٦، المنتقى ٦/١٠٢.
(٢) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٨٢.
(٣) انظر: الجوهرة النيرة ١/٣٢٥، أسنى المطالب ٢/٤٨٢.
(٤) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٨٢.
(٥) انظر: معين الحكام للطرابلسي ص ٥٥.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٢١، ١٣٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٧

نص الضابط: قَبْضُ الهِبَةِ قَبْضُ أَمَانَةٍ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الهبة تقتضي قبض أمانة[٢].

٢- قبض الهبة قبض غير مضمون[٣].

٣- الموهوب غير مضمون بالهلاك[٤].

٤- الهبة الصحيحة لا ضمان فيها[٥].

٥- الهبة يظهر فيها عدم الضمان[٦].

صيغ ذات علاقة:

١- عقود الأمانات والتبرعات لا ضمان في صحيحها فلا يضمن في فاسدها[٧]. (أعم).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٢٧/٦، وانظر: الإنصاف للمرداوي ٣٧٤/٥.

(٢) الفروق للكرابيسي ٧٨/٢- ٧٩ ط/عالم الكتب.

(٣) بدائع الصنائع ١٣٤/٦.

(٤) بدائع الصنائع ١٣١/٦.

(٥) المنثور في القواعد للزركشي ص ١١/٣، أسنى المطالب ٧٦/١.

(٦) شرح النيل لأطفيش ١١٩/١١.

(٧) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٢٠/٢، وانظر: شرح النيل ٣٢٣/١٠.

٢- لا ضمان للعين إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه[١]. (أعم).

٣- كل عقد فاسد في كل أمانة وتبرع كالعقد الصحيح في ضمان بتفريط وعدمه[٢]. (أعم).

شرح الضابط:

تظهر أهمية هذا الضابط في كونه مبينا لماهية الهبة من حيث تعلقها بالضمان من عدمه.

وقد اتفقت آراء الفقهاء إما تصريحا وإما تلميحا على أن عقد الهبة وقبضها داخل في عقود الأمانات والتبرعات، وهذه العقود لا ضمان على من هلكت تحت يده إلا بالتعدي أو التفريط.

فالعقود على قسمين:

-عقود يدخلها الضمان.

-عقود لا يدخلها الضمان.

وتوضح هذا قاعدة كلية «فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه»، ومعنى ذلك: أن ما اقتضى صحيحه الضمان بعد التسليم: كالبيع، والقرض، والعمل في القراض، والإجارة، والعارية فيقتضي فاسده أيضًا الضمان؛ لأنه أولى بذلك، وما لا يقتضي صحيحه الضمان بعد التسليم كالرهن والعين المستأجرة والأمانات كالوديعة، والتبرع: كالهبة، والصدقة، لا يقتضيه فاسده أيضا؛ لأنه لا جائز أن يكون الموجب له هو العقد؛ لأنه لا يقتضيه، ولا اليد؛

(١) تحفة المحتاج للهيتمي ٤١٥/٥، وانظر قاعدة: "فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه"، في قسم القواعد الفقهية.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني ٥١٢/٣.

لأنها إنما جعلت بإذن المالك[(١)].

وعلى العموم، فإن عقد الهبة يتساهل فيه ما لا يتساهل في غيره؛ لأن «الهبة تبرع محض»[(٢)]؛ فهي لا ضمان فيها ما لم يحصل موجب للضمان، كما أن القبض فيها معتبر في كل عين موهوبة؛ لأن القبض ثابت فيها، وهو الشرط، سواء كانت في يده أمانة أم مضمونة؛ لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله لا عن المضمون، والمضمون ينوب عنهما، والأصل فيه أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر؛ لاتحادهما جنسا، وإذا اختلفا، ناب الأقوى عن الأضعف دون العكس؛ لأن في الأقوى مثل الأدنى وزيادة، وليس في الأدنى ما في الأقوى، فلا ينوب عنه.

هذا إذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب، والمرهون، والمقبوض على سوم الشراء لا إشكال فيه؛ لأن المقبوض في يده حقيقة وحكما، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة.

وأما إذا كان في يده بطريق الوديعة، فهو مشكل؛ لأن يده يد المالك؛ لأنه نائب عنه في الحفظ، وقبضه لأجل المالك، فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة؟ والجواب هو أنه ينبغي أن يكون هذا كما لو وهبه وهو في يد الواهب، لكنْ للمودَع يدٌ حقيقة، فباعتبارها نزل قابضا؛ لأنا أقمنا يده مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له، وبعد الهبة ليس بعامل له، فتعتبر الحقيقة[(٣)].

أدلة الضابط :

١- **الإجماع** : فالعين الموهوبة لو تلفت في يد الموهوب له لم يرجع

---

(١) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٣/٨- ٩.
(٢) بدائع الصنائع ٦/٨٣.
(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٩٤- ٩٥.

الواهب عليه بشيء إجماعا(١).

٢- ولأن الهبة معروف وتبرع محض(٢)، والتبرع ضد التجارة(٣)، فلا يوجب ضمانا على المتبرِّع للمتبرَّع عليه(٤).

٣- ولأن الهبة مقبوضة بإذن مالكها لا على شرط ضمان البدل(٥).

تطبيقات الضابط :

١- إذا أودع شخصٌ لشخص شيئا ثم لقيَه فوهبه له، وليس الشيء بحضرتهما، فالهبة جائزة إذا قال الموهوب له: قبِلتُ، ولا يحتاج فيه إلى قبض جديد؛ لأن الشيء في يد الموهوب له، واليد مستدامة، فاستدامتها كإنشائها بعد قبول الهبة؛ وهذا لأن القبض بحكم الهبة ليس بموجب للضمان؛ فيد الأمانة تنوب عنه(٦).

٢- لو كان الموهوب مرهونا في يد المرتهن، فإنه يصير قابضا له، وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة؛ لأن قبض الهبة قبض أمانة، وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضًا، فيتماثلان، فناب أحدهما عن الآخر(٧).

٣- إذا باع أب من ابنه الصغير شيئا غير مقدور على تسليمه، مثل البعير

---

(١) انظر: نهاية المطلب لإمام الحرمين الجويني ٤٢٥/٨ ط/دار المنهاج.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٩٥/٢، بدائع الصنائع ٨٣/٦.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٧/٢٦.

(٤) انظر: المبسوط ١٠٩/١١، القواعد لابن رجب ص ٧٦، الفروع لابن مفلح ٣٥٠/٢.

(٥) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٩٥/٢.

(٦) انظر: المبسوط ٥٨/١٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٠٣/٤، الروضة البهية للجبعي ١٩٢/٣- ١٩٣.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٢٧/٦.

الشارد، لم يجز ذلك له، ولو وهبه له جاز والفرق أن البيع يوجب ضمان التسليم، ولا يقدر على تسليم البعير الشارد، فلم يجز إيجاب التسليم عليه، فصار بيعا لا يوجب ضمان التسليم، فكان باطلا، وليس كذلك الهبة؛ لأن الهبة لا توجب ضمان التسليم؛ لأن العقد عقد تبرع، فاستحال أن يوجب ضمانا، وإنما يوجب نقل اليد، وقد نقل حكم يده إليه، فصار كما لو كان حاضرا ولأن البعير الشارد في يد الأب على وجه الأمانة، لاستحالة أن يكون ملكه مضمونا عليه، والهبة تقتضي قبض أمانة، فصار الموجود من جنس ما أوجبه العقد قائما مقامه؛ وليس كذلك البيع؛ لأنه يقتضي قبضا مضمونا، والبعير الشارد في يد الأب على وجه الأمانة، فلم يوجد قبض من جنس ما أوجبه العقد، فلم يصر قابضا ما لم تصل يده إليه[١].

٤- الموهوب بعد الرجوع فيه من الواهب يكون أمانة في يد الموهوب له، حتى لو هلك في يده لا يضمنه، لأن قبض الهبة غير مضمون، فلا يصير مضمونا إلا بالتعدي كسائر الأمانات[٢].

٥- في هبة الثواب لو استُحِقَّ جميع العوض في يد الواهب، كان للواهب الرجوع في هبته كأن الموهوب له لم يعوضه شيئا أصلا، ومحل رجوعه في هبته إن كانت العين الموهوبة قائمة في يد الموهوب له، فإن فاتت العين فلا ضمان على الموهوب له[٣] لأن قبض الهبة قبض أمانة وهو لا يوجب الضمان.

---

(١) انظر: الفروق للكرابيسي ٢/٧٨- ٧٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٣٤، أسنى المطالب ١/٧٦، شرح منتهى الإرادات ٢/١٩٤، المحلى لابن حزم ٨/٧١.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٩٣.

٦- لا يملك المحرمُ الصيدَ بالبيع والهبة وقبول الوصية ونحو ذلك، بناء على أن ملكه يزول عنه بالإحرام؛ لأن ما يمنع من إدامة الملك أولى أن يمنع من ابتدائه «ولأنه أهدي إليه ﷺ حمارُ وحشٍ فردَّه فلما رأى ما في وجه المهدي، قال: «إنا لم نرده عليك إلا أنا حرم»[1] فليس له قبضه، فإن قبضه بشراء أو عارية أو وديعة لا هبة ثم أرسله، ضمن قيمته للمالك وسقط عنه الجزاء، بخلافه في الهبة، فلا ضمان عليه؛ لأن العقد الفاسد كالصحيح في الضمان، والهبة غير المضمونة»[2].

٧- الهبة للولد إذا رجع فيها الأب، فهي أمانة ما دامت بيد ولده[3]، فإن هلكت بلا تعدٍّ ولا تفريط فلا ضمان على الولد؛ لأن «الضمان ينافي الأمانة»[4]، فإن هلك البعض وبقي البعض كان للأب الرجوع فيما بقي فقط[5].

٨- إذا وهب الأب لابنته المتزوجة جهاز بيتها ثم أراد الرجوع فيه بعد ذلك، فإن تلف الجهاز عند الابنة قبل الرجوع فيه، لم تضمنه للأب[6] لأنها مؤتمنة عليه، وقبض الهبة قبض أمانة فلا يوجب الضمان.

٩- الهبة للثواب إن أراد الموهوب له ردها على صاحبها وقد نقصت بغير استعماله، فلا ضمان لنقصها على الموهوب له ـ عند الحنابلة ـ لأن الهبة للثواب وإن كانت تشبه البيع إلا أنه يغلِّب فيها حكم الهبات التي

(١) رواه البخاري ٣/١٣ (١٨٢٥) وفي مواضع، ومسلم ٢/٨٥٠ (١١٩٣/(٥٠) من حديث الصعب بن جثامة رضي الله عنه .
(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٠٢.
(٣) انظر: كشاف القناع ٣/٤٧٢.
(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٣٥٢.
(٥) انظر: المحلى ٨/٧١.
(٦) انظر: التاج المذهب ٣/٢٧٤.

هي من باب التبرع، وحكم الهبات أن لا يضمن نقصها ولا قيمتها إذا تلفت بغير تَعَدٍّ[١].

١٠- إذا طلب الواهب رد الهبة، وحكم القاضي بوجوب الرد، وامتنع الموهوب له من الرد، ثم هلكت بعد ذلك، فإنه يضمنها حينئذ، لأن قبض الهبة قبض أمانة، والأمانة تضمن بالمنع والجحد بالطلب لوجود التعدي من الموهوب له[٢].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٥٥- ٦٠.

(٢) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٥١٩/٤، تبيين الحقائق ١٠١/٥، درر الحكام شرح غرر الأحكام لملا خسرو ٢٢٣/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٨

نص الضابط: الزِّيادَةُ الـمُعْتَبَرَةُ فِي عَدَمِ الرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ هِيَ الـمُتَّصِلَةُ لَا المـُنْفَصِلَةُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الزيادة المتصلة تمنع الواهب من الرجوع[٢].

٢- الزيادة المتصلة تمنع ولو زالت قبل الرجوع[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- يرجع في الموهوب بالزوائد المتصلة[٤]. (مخالفة).

شرح الضابط:

الزيادة في اللغة النمو، تقول: زاد الشيء يزيد زيدا وزيادة إذا نما[٥].

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٩١/٧، كشاف القناع للبهوتي ٣١٦/٤ .

(٢) المبسوط للسرخسي ١٤٩/٢٥.

(٣) انظر: فتح القدير ٢٩١/٧.

(٤) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٨٥/٢.

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور ١٩٨/٣ (زيد).

وتنقسم الزيادة في الموهوب من حيث الاتصال والانفصال إلى قسمين[١]:

١ - زيادة متصلة بالأصل، وهي نوعان:

أ - **متولدة منه**: كالسمن والجمال وزيادة الوزن والحمل في الحيوان، والبرء من داء كان فيه، والنضج في الثمر.

ب - **غير متولدة منه**: كالغرس والبناء في الأرض، والصبغ والخياطة في الثوب.

٢ - زيادة منفصلة عن الأصل، وهي نوعان:

أ - **متولدة منه**: كالولد، واللبن، والبيض، والصوف في الحيوان، والثمر في الأشجار.

ب- **غير متولدة منه**: كغلة المأجور، وأرش الجناية على عضو من الحيوان.

وهذا تقسيم الحنفية للزوائد، وهم أكثر الفقهاء عناية بتنويعها، نظرا لتفاوت أحكامها عندهم بحسب تلك الأنواع.

أما غير الحنفية فما بين موحد للنظرة إلى الزيادة، أو مكتف بتقسيم الزوائد إلى متصلة أو منفصلة.

والضابط هنا يعالج قضية مهمة من قضايا هبات الأموال العينية وهي قضية الرجوع في الموهوب.

فالأصل الذي يقتضيه لفظ الهبة أن لا يكون فيها عوض يعود على الواهب بالفائدة.

---

(١) انظر: المبسوط ١٣/١٠٣- ١٠٤.

فإذا كان الأمر كذلك اقتضى من الوجهة الأخلاقية عدم الرجوع في الموهوب.

بل وردت نصوص شرعية تنهى عن ذلك، منها قوله ﷺ: «لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما وهب لولده»(١)، معللا ذلك بصورة منفرة يأباها العقل السليم والفطرة الصافية، وهي قوله ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه»(٢).

وبناء على تلك النصوص السابقة اختلفت آراء الفقهاء فيمن له حق الرجوع في الهبة:

فمن تمسك بظاهر النصوص نفى حق الرجوع في الهبة بعد القبض إلا من الأب فقط كما هو مذهب الحنابلة، فلا رجوع عندهم لأحد في هبته إلا الوالد فله الرجوع ما لم يحصل مانع من ذلك(٣).

وزاد غيرهم على الأب ما في معناه من أم وجَدٍّ وإن علا على تفاوت في ذلك بينهم.

وأصحاب هذا القول هم: الشافعية، والظاهرية، وهو القول المعتمد عند الإباضية(٤)، وهو مذهب المالكية في هبة التبرع خاصة إذ الهبة ـ عندهم ـ عقد ملزم(٥).

---

(١) رواه أحمد ٢٧/٤(٢١٢٠) وفي مواضع، وأبو داود ١٩٤/٤(٣٥٣٣)، والترمذي ٥٩٣/٣(١٢٩٩)، ٤٤٢/٤ (٢١٣٢)، والنسائي ٢٦٧/٦-٢٦٨ (٣٧٠٣)، وفي الكبرى له ١٨٣/٦ (٦٤٩٨)، وابن ماجه ٧٩٥/٢ (٢٣٧٧)، كلهم عن طاووس عن ابن عمر و ابن عباس رضي الله عنهم.

(٢) رواه بهذا اللفظ البخاري ٥٨/٤ (٣٠٠٣)، ومسلم ١٢٣٩/٣ (١٦٢٠) من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، ورواه أيضًا البخاري ١٥٨/٣ (٢٥٨٩)، ومسلم ١٢٤١/٣ (١٦٢٢) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي٤٣٨/٢.

(٤) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني ٤٢٤/٨، المحلى لابن حزم ٧١/٨، شرح النيل لأطفيش ٦/١٢.

(٥) انظر: المنتقى للباجي ١٠٨/٦.

بينما ذهب الحنفية وهو الظاهر من مذهب الزيدية والإمامية ـ حسب تفريعاتهم، وهو المتبادر من عباراتهم ـ إلى أن رجوع الواهب في هبته جائز ما لم يحصل مانع من ذلك دون التفريق بين الأب والأجنبي.

وإذا تقرر جواز الرجوع في الهبة من الأب فيما وهب لابنه، أو من الأجنبي كذلك، فإنه قد يتعذر الرجوع فيها، إذ «تعذر الرجوع فيما يجوز الرجوع فيه قد يمنع حق الرجوع ويسقطه»، ومن ذلك تعذر الرجوع في الهبة التي يجوز الرجوع فيها، لحصول مانع يمنع الرجوع فيها.

ومن الموانع التي يتعذر معها الرجوع في الهبة مانع الزيادة الطارئة على الشيء الموهوب بعد قبضه من الواهب على تفصيل في ذلك بين المذاهب:

فيرى الجمهور من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والزيدية، والإباضية، أن الزيادة المتصلة بالموهوب هي المانعة من الرجوع في الهبة، أما المنفصلة فلا تمنع الرجوع(١).

بينما يرى كل من الشافعية، والظاهرية، والإمامية أن المانع من الرجوع في الهبة إنما هي الزيادة المنفصلة التي طرأت على العين الموهوبة فقط كالولد والثمر، فلا يصح الرجوع فيها، لكن يصح الرجوع في أصلها(٢).

ثم انفرد الشافعية عن غيرهم بمشاركة الولد لوالده في الزيادة المتصلة التي حدثت عنده قبل رجوع الوالد في هبته له(٣).

والمراد بالزيادة المتصلة هي الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة كالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك مما هو حادث عند الموهوب له.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٢٩/٦، شرح مختصر خليل للخرشي ١١٤/٧، شرح منتهى الإرادات ٤٣٨/٢، البحر الزخار لابن المرتضى ١٣٩/٥، شرح النيل ٦/١٢.

(٢) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ١١٥/٣، المحلى ٧١/٨، الروضة البهية للجبعي ١٩٥/٣- ١٩٦.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٥٧٠/٣، ٣١٢/٦.

أما إذا زاد من حيث السعر في السوق فله الرجوع، لأن الزيادة في السعر لا تعلق لها بالموهوب وإنما الزيادة فيه عبارة عن رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب، فلا تمنع الرجوع، ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في أصول الشرع، فلا تغير ضمان الرهن ولا الغصب، ولا تمنع الرد بالعيب، فلا يتضمن الرجوع إبطال حق الموهوب له وهو المانع، وكذا إذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة(١).

وضابط ذلك أن: الزيادة الصورية التي لا تُورِث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالإصبع الزائدة لا تمنع الرجوع(٢) إذ الاعتبار للمعنى دون الصورة(٣).

وفي عدم الرجوع في الزيادة المتصلة لا بد من أمرين: تحقق الزيادة في العين أولا، ثم تحققها في قيمة العين ثانيا(٤).

ومحل جواز الرجوع في الهبة إذا كانت لغير وجه الله، كأن يهبه شفقة أو مودة، أما «ما وهب لله فلا رجوع فيه إجماعا، إذ هي لأجل الأجر كالهبة على عوض»(٥).

ويحصل الرجوع بما يدل عليه مثل قوله: رجعت فيما وهبت، أو استرجعته، أو رددته إلى ملكي أو نقضت الهبة، أو أبطلتها، أو فسختها(٦).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٩٨/٥، المبسوط ١٠٣/١٣ - ١٠٤.
(٢) انظر: فتح القدير ٤٣/٩.
(٣) انظر: فتح القدير ٤٢/٩.
(٤) انظر: تبيين الحقائق ٩٨/٥.
(٥) البحر الزخار ١٤٠/٥.
(٦) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ١١٥/٣.

أدلة الضابط :

أولاً : دليل الجمهور :

الزيادة المتصلة هي المانعة من حق الرجوع؛ لأن الرجوع لا يصح إلا في الموهوب الذي تناوله عقد الهبة، والزيادة ليست بموهوبة لعدم دخولها تحت العقد، فلا رجوع فيها، والفصل متعذر ليرجع في الأصل دون الزيادة، فامتنع الرجوع أصلا وبطل حق الواهب؛ لأن له حق التملك في الأصل دون الزيادة، وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما، فكان مراعاته أولى عند تعذر الفصل[١].

ثانيًا : دليل الشافعية ومن معهم :

الزيادة المنفصلة لا المتصلة هي التي لا يصح الرجوع فيها، لأن هذه الزيادة حدثت في ملك الموهوب له بعد قبض الموهوب، فيختص بها دون الواهب الذي له الرجوع في الأصل فقط دون هذه الزيادة لتميزها عنه[٢].

ردَّ الشافعية على الجمهور بأن الزيادة المتصلة تابعة للأصل فترد معه[٣]، بناء على قاعدة «التابع تابع».

ورد الجمهور على الشافعية بأن الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمر أو غير متولدة كالأرش والغلة وغيرها، لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ، وإنما ورد على الأصل، ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزيادة، بخلاف الزيادة المتصلة[٤].

---

(١) انظر: فتح القدير ٤٢/٩، الجوهرة النيرة ٣٢٩/١، تبيين الحقائق ٩٨/٥، بدائع الصنائع ١٢٩/٦، كشاف القناع ٣١٥/٣- ٣١٦، البحر الزخار ١٣٩/٥.

(٢) انظر: تحفة المحتاج ٣١٢/٦، الروضة البهية ١٩٥/٣- ١٩٦.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣١٢/٦، أسنى المطالب ٤٨٥/٢.

(٤) انظر: المبسوط ١٠٣/١٣- ١٠٤.

تطبيقات الضابط :

١- الخياطة والصبغ ونحو ذلك في الثوب الموهوب، فإن ذلك يعتبر زيادة متصلة تمنع الواهب من الرجوع فيه، وأما إن قطعه الموهوب له ولم يخطه، فإن الواهب له أن يرجع فيه؛ لأن القطع يوجب نقصانا في قيمة الثوب والنقصان لا يمنع الرجوع في الهبة[١].

٢- إذا وهب شخص لآخر أرضا، فبنى الموهوب له فيها بناء، ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه إلى القاضي، فقال له القاضي: ليس لك أن ترجع فيها بناء على أن البناء في الأرض زيادة متصلة وهي تمنع الرجوع في الموهوب، ولكن إذا هدمها الموهوب له بعد ذلك، كان للواهب أن يرجع فيها؛ لأن قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض قوله، وإنما وقع فتوى بناء على مانع، فإذا زال المانع تغير الحكم[٢].

٣- الغرس والبناء في الأرض زيادة متصلة، فإذا وهب شخص لآخر أرضا بيضاء، فأنبت الموهوب له في ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا فحصلت بذلك زيادة في قيمتها، فليس للواهب أن يرجع في شيء منها؛ لأن هذه زيادة متصلة، لا إن لم تحصل زيادة في القيمة؛ لأن الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلا، وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها، فلا يمتنع الرجوع في غيرها، إذ المعتبر في الزيادة هي القيمة معها[٣].

٤- إذا وهب شخص لآخر بهيمة حاملا، فرجع فيها قبل الوضع، فإن

---

(١) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٩٨/٥.

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٩٨/٥.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية ٤٣/٩- ٤٤، تبيين الحقائق ٩٨/٥.

كان رجوعه قبل أن تمضي مدة يعلم فيها زيادة الحمل جاز وإلا فلا[١] لأن زيادة الحمل بعد مضي زمن على الهبة يعد زيادة متصلة تمنع من الرجوع في الهبة.

٥- إذا وهب الأب لولده بهيمة حائلا ثم رجع الأب فيها حاملا، فإن زادت قيمتها بالحمل فزيادة متصلة تمنع الرجوع[٢].

٦- إذا سمنت الدابة، أو كبرت في يد الموهوب له بعد القبض، فليس للواهب الرجوع؛ لأن ذلك زيادة متصلة في العين، والزيادة المتصلة تمنع الرجوع[٣]

٧- إذا وهب شخص لآخر نخلا فحملت، فقبل التأبير - التشقق - هي زيادة متصلة تمنع الرجوع، وأما بعده فهي زيادة منفصلة لا تمنع الرجوع[٤].

استثناءات من الضابط :

١- إذا انتقصت قيمة الهبة بفعل الموهوب له أو بغير فعله بزيادة فيه، كأن يحدث زيادة في الهبة توجب نقصانا في قيمتها، لم يمنع النقص الرجوع في الهبة، لكن ليس على الموهوب له دفع أرش النقصان للواهب[٥]، مثال ذلك ما لو بنى الموهوب في الدار الموهوبة بناء

---

(١) انظر: الجوهرة النيرة ٣٢٩/١.
(٢) انظر: كشاف القناع ٣١٦/٤.
(٣) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٢٧٨/٤، شرح مختصر خليل للخرشي ١١٤/٧، شرح منتهى الإرادات ٤٣٨/٢، البحر الزخار ١٣٩/٥.
(٤) انظر: كشاف القناع ٣١٦/٤.
(٥) انظر: الجوهرة النيرة ٣٢٩/١.

منقصا كبناء تنور في بيت السكنى[١].

٢- لو زاد الموهوب زيادة في نفسه تورث نقصانا فيه فإنه لا يمنع الرجوع، كما إذا طال طولا فاحشا ينقصه في ثمنه؛ لأنه ليس بزيادة في الحقيقة[٢].

٣- إن كانت الزيادة حاصلة في سعر الموهوب بعد القبض لم تمنع الرجوع[٣].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: رد المحتار ٣/٦٥٦.
(٢) انظر: الجوهرة النيرة ١/٣٢٩.
(٣) انظر: الجوهرة النيرة ١/٣٢٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤١٩

نص الضابط: مَا كَانَ مِنَ العَطِيَّةِ عَلَى وَجهِ القُرْبَةِ فَلَا اعْتِصَارَ فِيهِ[١].

صيغ ذات علاقة :

١- كل هبة لها وجه غير الثواب فهي محمولة عليه[٢]. (أعم).

٢- الاعتصار إذا زال بسبب لم يعد بزواله[٣]. (أعم).

٣- الاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط[٤]. (قيد).

شرح الضابط :

القُربَةُ : ما يُتَقَرَّبُ به إلى الله تعالى[٥].

والاعتصار : أن يأخذ الرجل مال ولده لنفسه أو يبقيه على ولده، والمعنى أن الوالد إذا أعطى ولده شيئا فله أن يأخذه منه، ولا يقال اعتصر فلان مال فلان

(١) المنتقى لأبي الوليد الباجي ١١٧/٦.

(٢) المنتقى ١١٢/٦، وانظره بلفظ: "كل هبة لها وجه غير الثواب في الأغلب فهي محمولة عليه"، في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) المنتقى ١١٨/٦.

(٤) منح الجليل لعليش ٢٠٧/٨.

(٥) المصباح المنير للفيومي ٤٩٥/٢.

إلا أن يكون قريبا له(١)، وبهذا يكون الاعتصار أخص من الرجوع في الهبة، لأنه من حق الأبوة دون غيرها، لهذا عرَّفه ابن عرفة بأنه: ارتجاع المعطِي عطيتَه دون عوض لا بطوعِ المعطَى(٢).

وهو يتم بكل لفظ يدل على استرجاع الوالد الهبة من ولده سواء كان بلفظ اعتصار أم غيره(٣).

والأصل فيه قوله عليه السلام: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها، كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه»(٤)، فاستثنى الحديث من النهي عن الرجوع في الهبة ما وهبه الأب لابنه، وهل تلحق الأم وغيرها من الأصول الذكور والإناث بالأب، أم أن ذلك خاص بالأب فقط؟ خلاف بين المذاهب:

فالمالكية والظاهرية اعتبروا حق الرجوع في الهبة لغير الثواب خاصا بالأب والأم فقط(٥).

وقال الحنابلة والزيدية في المشهور عنهم: إن ذلك خاص بالأب الأقرب دون غيره من أم وجدٍّ وغيرهما من الأقارب، لأن الأصل المنع من الرجوع في الهبة، وخولف في الأب لدلالة النص، وبقي ما عداه على الأصل(٦).

---

(١) انظر: لسان العرب ٤/٥٧٥.

(٢) مواهب الجليل ٦/٦٣.

(٣) انظر: بلغة السالك للصاوي ٤/١٥١- ١٥٢.

(٤) رواه بتمامه أحمد ٤/٢٧ (٢١٢٠) وفي مواضع، وأبو داود ٤/١٩٤ (٣٥٣٣)، والنسائي ٦/٢٦٧- ٢٦٨ (٣٧٠٣)، وروى الترمذي ٣/٥٩٣ (١٢٩٩)، ٤/٤٤٢ (٢١٣٢)، وابن ماجه ٢/٧٩٥ (٢٣٧٧) شطره الأول فقط، كلهم من حديث ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم.

(٥) انظر: التاج والإكليل ٨/٢٦، المحلى ٨/٧١.

(٦) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/٣١٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٤١٠، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٣٩.

بينما توسع كل من الشافعية والإباضية في ذلك، فقالوا بجواز رجوع كل أب أو أم من الجهتين ولو بعيدين كل البعد، لأن الحديث يشملهم بلفظه وبالقياس[١].

وسبب اختلافهم راجع إلى تعارض ظواهر النصوص والقياس، إذ النص ورد في الأب فقط، والقياس يقتضي شمول الأم وغيرها من الأجداد والجدات، فمن تمسك بظاهر النص أخرج غير الأب إذ الأصل عدم الرجوع في الهبة، فخصص الحديث الرجوع بالوالد، فوجب اختصاصه به.

ومن قاس الأم على الأب جعلهما في حيِّز واحد بجامع اشتراكهما في القرابة، إذ الأم في معنى الأب، والولد ولدهما، وانتسابه إلى الأب ظاهر، واتصاله بالأم من جهة الولادة مستيقنٌ، فالتحقت الأم بالأب التحاق الجارية بالعبد من باب نفي الفارق.

ومن نظر إلى جهة الأبوة أدخل كل جد وجدة لصدق دلالة الحديث على ذلك من باب الخاص الذي يراد منه العموم، قياسا على القتل، فإنه لا يجب على أصل أن يؤخذ بقتل من ينتمي إليه بجهة الولادة بدرجة أو درجات[٢].

أما الحنفية فقد حسموا الأمر عندما قالوا بعدم رجوع الوالد في هبته مطلقا: «إذا وهب الوالد لولده فليس له أن يرجع فيه»[٣] إلا أنه لو احتاج إلى ذلك انفرد بالأخذ لحاجته، وسمي رجوعا باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعا في الحكم[٤]، وشتان ما بين الاعتصار وبين الأخذ للحاجة فقط.

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٨٣ - ٤٨٤، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٣٩٢، شرح النيل لأطفيش ١٢/١٦.

(٢) انظر: نهاية المطلب للجويني ٨/٤٢٤ ط/دار المنهاج.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٢/٥٤- ٥٥.

(٤) انظر: المبسوط ١٢/٥٤.

وأما الإمامية فقد حكوا الإجماع على عدم جواز الرجوع في هبة الوالدين[١].

ثم إن المراد بالعطية هنا الهبة التي هي لغير الثواب بدليل الاعتصار؛ لأن هبة الثواب بيع ولا اعتصار في البيع[٢].

وعلى القول بجواز الرجوع في هبة الوالد لولده، وهو ما عليه الجمهور، إلا أن هذا الرجوع مقيد هو الآخر بما إذا لم تكن الهبة على وجه التقرب إلى الله تعالى، أما إذا كانت كذلك فلا رجوع فيها إلا أن يشترط الرجوع وقت الهبة؛ لأنها حينئذ في حكم الصدقة، و«الاعتصار لا يكون في الصدقات إلا بشرط»[٣].

فإذا أتى من له حق الاعتصار بلفظ محتمل للقربة وغيرها كالهبة والنحل والعطية، فإن قرن به ما يقتضي القربة كقوله هبة لله، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر، أو لصلة رحمه، فقد قال ابن الماجشون لا يعتصر هذا.

ووجه ذلك: أن هذا مال يخرج عن وجه القربة، فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة[٤]، فإذا لم يقترن بلفظ الهبة ما يخلصها للقربة، لم يمنع ذلك اعتصارها كالهبة للغني، وذلك أن الصلة لا تختص بالفقير بل قد يُوصل الغني وغيره فلا يمنع ذلك الاعتصار[٥].

أدلة الضابط :

عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب

---

(١) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/١٨٠.
(٢) انظر: بلغة السالك للصاوي ٢/٤٠٩.
(٣) منح الجليل لعليش ٨/٢٠٧.
(٤) انظر: المنتقى للباجي ٦/١١٦.
(٥) انظر: المنتقى للباجي ٦/١٢٦.

فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها»[(١)].

وجه الدلالة من الخبر: هذا الخبر صريح في أن العطايا والهبات إن قصد بها وجه الله وما يتقرب إليه به لم يصح الرجوع فيها لا من قريب ولا من بعيد لأن قوله: «من وهب» عام، فإن «مَنْ» تدل على العموم.

تطبيقات الضابط:

١- من تصدق بصدقة على ابنه الكبير المالك أمر نفسه، أو الصغير الذي ما زال في حجره، فليس له اعتصارها إذا قبضت وحيزت؛ لأنها صدقة على وجه القربة، وما كان من العطية على وجه القربة فلا اعتصار فيه، قال مالك: كل صدقة فلا اعتصار فيها للوالدين[(٢)].

٢- من أعطى لابنه عطية بلفظ متحمل للقربة وغيرها، كالهبة والعطية والنحل، فإن قرن به ما يقتضي القربة، كقوله: هبة لله، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر فقد قال ابن الماجشون من المالكية وكذلك الزيدية: لا يعتصر هذا؛ لأن هذا مال يخرج على وجه القربة، فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة[(٣)].

٣- الهبة لليتيم من حيث يُتْمُهُ جاريةٌ مجرى الصدقة، فإذا ثبت أن الأم لها حق الاعتصار من ولدها كما هو الحال بالنسبة للأب وهو الصحيح، فإنها لا يصح اعتصارها لما وهبته لابنها اليتيم، حيث وهبته بعد وفاة أبيه وهو صغير غير بالغ، لأن الهبة لليتيم من أجل الإشفاق عليه

---

(١) رواه مالك في الموطأ ٧٥٤/٢ (٤٢) والبيهقي في الكبرى ٣٠١/٦ (١٢٠٢٨).

(٢) انظر: المنتقى ١١٧/٦، التاج والإكليل للمواق ٢٧/٨، البحر الزخار ١٣٩/٥، شرح النيل ١٤/١٢، ٢٦.

(٣) انظر: المنتقى ١١٧/٦، التاج المذهب ٢٦٩/٣.

وخوف ضياعه، وهذا معناه الصدقة والقربة، فلذلك كان حكمها حكم الصدقة[١].

٤- سنة الحبس ـ أي الوقف ـ عدم الرجوع فيه، فإذا حبس الأبوان أو أحدهما حبسا على ولدهما الصغير لم يصح منهما اعتصار ذلك الحبس، لأن الحبس كالصدقة لا رجوع فيه إلا بشرط الرجوع[٢].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٥٥، بلغة السالك للصاوي ٤/١٥١.

(٢) انظر: المنتقى ٦/١١٧، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/٢٥٧، مواهب الجليل للحطاب ٦/٦٤، التاج والإكليل ٨/٢٦، الفواكه الدواني ٢/١٥٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٠

نص الضابط: مَبْنَى الهِبَةِ عَلَى أَنَّهَا إِذَا اقتَضَتْ مِلْكًا انقَطَعَت فِيهَا عَلَائِقُ العُقُودِ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- لا تتم الهبة إلا بالقبض عن رضا الواهب[٢]. (مكمل).

٢- لا تصح الهبة مؤقتة ولا معلقة[٣]. (مكمل).

٣- الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٤]. (مكمل).

شرح الضابط:

العلائق: من العلوق الذي هو الإناطة والاتصال، على حدِّ قول الشاعر:

وأنت زنيمٌ نِيطَ في آل هاشمٍ   كما نيط خَلْفَ الراكبِ القدَحُ الفردُ

---

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب لإمام الحرمين الجويني ٨/٤٢٣، ط/دار المنهاج.

(٢) الأم: الإمام الشافعي ٨/٢١، وانظره بلفظ: "الهبة لا تلزم إلا بالقبض "، في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١١٨، نهاية المحتاج للرملي ٥/٤٠٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٤٧٩، المغني لابن قدامة ٥/٣٨٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤٣٤، مطالب أولي النهى لمصطفى الرحيباني ٤/٣٩٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٣٢، وانظره بلفظ: "التعليق والتوقيت في الهبة مما يبطلها أو لا؟"، في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٢/٩٥، فتح القدير لابن الهمام ٩/٥٠، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

وعلق الشيء بالشيء ومنه وعليه تعليقا، بمعنى أناطه[١].

والعقود: مصدر أريد به اسم المفعول، وهي جمع عقد، والعقد ضد الحَلِّ، ومن معانيه العقد بالأصابع على كيفيات خاصة للدلالة على كميات معينة من العدد[٢].

والعقود بالمصطلح الشرعي: هي التي يعقدها بعض الناس لبعض من البياعات والإجارات والمناكحات والخلع وما أشبه ذلك[٣].

كما قد يراد بها أيضا: الصكوك والوثائق المكتوب فيها ما انبرم بين المتعاقدين من بيع أو نكاح أو غير ذلك[٤].

والضابط هنا مبين للفروق بين الهبة وبين العقود التي تتصل بها بعض العلائق الدائرة معها وجودا وعدما، مثل عقد النكاح، فمن علائقه: حِلُّ المس، والنظر، وغير ذلك[٥]، ومن علائق البيع: الرد بالعيب، والشفعة، والخيار، والإقالة، وهكذا.

فكان الفرق بين الهبة بغير العوض وبين غيرها من عقود المعاوضة هو: انقطاع تلك العلائق المترتبة على المعاوضات عن الهبة الخالية عن العوض؛ لأن رضا المتعاقدين في الهبة لغير الثواب حاصل ابتداء وانتهاء؛ لأنها تبرع محض، أما عقود المعاوضة فيراعى فيها الغبن والغرر والغش والندم وغير ذلك من الأمور التي إن حصل الرضا فيها ابتداء فقد لا يحصل انتهاء لهذه الأخطار،

---

(١) انظر: تاج العروس ٢٦/١٩٢، ١٩٥ "ع ل ق"، وانظر: لسان العرب لابن منظور ١٠/٢٦١.

(٢) انظر: لسان العرب ٣/٢٩٦، التقرير والتحبير في شرح التحرير لابن أمير الحاج ١/٩٩، شرح مختصر خليل للخرشي ١/٤.

(٣) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي ١/٢٨.

(٤) انظر: شرح ميارة لتحفة الحكام ١/٧.

(٥) انظر: كشف الأسرار للبزدوي ٤/٣٢٣.

فاعتبرت هذه الأخطار في عقود المعاوضة ولم تعتبر في عقود التبرع التي منها الهبة.

أدلة الضابط :

لأن الهبة تبرع وإحسان صِرْفٌ، وهي من المعروف الذي ندَب إليه الشارع، وقربة من القربات التي شرعت للتعاون بين الناس، قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، فكان الأصل فيها أنها إذا صحت وأفادت مِلكًا حقيقيًا عند القبض، فالملك يطَّرِدُ ولا يتطرق إليه احتمال ينقضه، بل يتم المِلك، ويتسلَّط الموهوب له على الشيء الموهوب على سائر جهات التصرفات[(١)].

تطبيقات الضابط :

١- لا شفعة للشفيع في الهبة من غير عوض اتفاقا في بعض المذاهب وعلى القول المشهور أو الصحيح في بعضها الآخر[(٢)]؛ لأن ذلك مناف لشرط الشفعة[(٣)]؛ إذ حق الشفعة إنما ثبت في الشرع بالتملك بمثل الثمن الذي اشتراه أو بقيمته، وفي الهبة لم يملك الموهوب له الشيء الموهوب بالثمن[(٤)] بل الهبة من مسقطات الشفعة في المبيع[(٥)]

---

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني ٨/٤٢٣.

(٢) انظر: رد المحتـــار مع الـدر المختار لابن عابدين ٦/٢٣٥ – ٢٣٧، شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٦٤، التاج والإكليل للمواق ٧/٣٧٣- ٣٧٤، أسنى المطالب ٢/٣٦٦- ٣٦٧، المغني لابن قدامة ٥/١٨٢، كشاف القناع للبهوتي ٤/١٣٧، المحلى لابن حزم ٨/١٣، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٤، ١٣٧، شرائع الإسلام للحلي ٣/٢٠٠، ٢١٢، شرح النيل لأطفيش ١١/٣٢١.

(٣) انظر: البحر الزخار ٥/٤.

(٤) انظر: التاج والإكليل ٧/٣٨٣.

(٥) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٢٣٩.

لأن الشفعة من علائق عقد البيع، ومبنى الهبة على أنها إذا اقتضت ملكا انقطعت فيها علائق العقود.

٢- الهبة لغير الثواب لا يتطرق إليها الرد بالعيب عند الشافعية والإباضية(١)؛ لأن الرد بالعيب من علائق العقود، ومبنى الهبة على أنها إذا اقتضت ملكا انقطعت فيها علائق العقود.

٣- الخيار في الهبة ساقط على العكس في البيع عند كلّ من الشافعية والحنابلة وهو قول للإباضية(٢)؛ لأن الخيار من علائق العقود، ومبنى الهبة على أنها إذا اقتضت ملكا انقطعت فيها علائق العقود.

٤- الهبة لا يدخلها فسخ العقد برضا المتعاقدين على موجب الإقالة في البيع: فلو وهب البائع للمشتري المأذونِ الثمنَ قبل قبضه منه لم تصح الإقالة بعد ذلك؛ لأنها لو صحت الإقالة حينئذ لكان تبرعا بالمبيع للبائع، ولا يقدر على الرجوع عليه بالثمن؛ لأنه لم يصل إلى البائع منه شيء، وهو ليس من أهل التبرع(٣) ثم الإقالة تعتبر من علائق عقد البيع، ومبنى الهبة على أنها إذا اقتضت ملكا انقطعت فيها علائق العقود.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: نهاية المطلب في دراية المذهب ٤٢٣/٨، شرح النيل ٣٩٦/٨.

(٢) انظر: أسنى المطالب ٤٧/٢، الإنصاف ١١٦/٦، شرح النيل ٤٠/١٢.

وقال الحنفية في خيار العيب: إن الزيادة إما متصلة متولدة كسمن وجمال أو غير متولدة كغرس وبناء وخياطة، وإما منفصلة متولدة كولد وثمرة وأرش أو غير متولدة ككسب وهبة، والكل إما قبل القبض أو بعده، ويمتنع الفسخ بخيار العيب في موضعين: في المتصلة الغير المتولدة مطلقا، وفي المنفصلة المتولدة لو بعد القبض فقط رد المحتار لابن عابدين ١٢٢/٥.

(٣) انظر: رد المحتار لابن عابدين ١٢٢/٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢١

نص الضابط: الهِبَةُ فِي مَرَضِ الـمَوْتِ وَصِيَّةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا[٢].

٢- هبة المريض مرض الموت المخوف وصية[٣].

٣- حكم الهبة في مرض الموت كحكم الوصية[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- تبرعات المريض مرض الموت تعتبر وصايا[٥]. (أعم).

٢- العطية في مرض الموت وصية[٦]. (أعم).

٣- الوقف في مرض الموت وصية[٧]. (تكامل).

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٤٨٣، ٤٨٤.
(٢) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٤.
(٣) المادة/٩١٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣١٧.
(٤) انظر: مرشد الحيران لقدري باشا م/٨٥ ص ١٩.
(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٣٧.
(٦) الإنصاف للمرداوي٧/١٨٣، وبلفظ آخر: "العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية" المغني ٥/٣٩٤.
(٧) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢١١.

٤- مَنْ تصدّق مع تلبسه بمرض موت فإنها تكون وصية[١]. (تكامل).

شرح الضابط:

المراد بمرض الموت في الاصطلاح الفقهي: هو المرضُ المَخُوفُ الذي يتصل بالموت، ولو لم يكن الموت بسببه»[٢]، ويشترط لتحققه عند جمهور الفقهاء أن يتوافر فيه وصفان:

أحدهما: أن يكون مَخُوفًا؛ أي يغلبُ الهلاكُ منه عادةً ويكفي الآن وقد تقدَّم علم الطب أن يُرجع في تحديد ذلك إلى قول الأطباء، لأنهم أهل الخبرة والدراية بالأمراض، والتجربة والمعرفة بأحوالها[٣] وقد جاء في المادة/٩٢٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «يثبت كون المرض مخوفًا بقول عدلين من أهل الطب»[٤].

والثاني: أن يتصل المرضُ بالموت، سواء وقع الموت بسببه أو بسبب آخر فإذا صحَّ من ذلك المرض تبيّن أنه ليس بمرض الموت، وتعتبر تصرفاته فيه كتصرفات الصحيح دون فرق.

أما تعليل جعل هبة المريض في حكم الوصية، فهو أنَّ مرض الموت في نظر جمهور الفقهاء والأصوليين مع كونه لا ينافي أهلية ثبوت الحكم ووجوبه على المريض، سواء كان من حقوق الله أو من حقوق العباد، فإنه لمّا كان سببًا للموت، والموتُ هو علةُ الخلافة للوارث والغريم في مال الميت، لأنَّ أهلية

---

(١) البهجة للتسولي ٢/٢٤٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٢٤، الفتاوى الهندية ٤/١٧٦، شرح الخرشي على خليل ٥/٣٠٤، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٣٢٧، الأم للشافعي ٤/٣٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٥٠، المغني ٨/٤٨٩.

(٣) انظر: المغني ٨/٤٩١.

(٤) المادة: ٩٢٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣١٨، وانظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٥٢٩.

الملك تبطل بالموت، فيخلفُه أقربُ الناس إليه، وهم الورثة، والذمةُ تخربُ بالموت، فيصير المالُ الذي هو محلّ قضاء الدين مشغولاً بالدين، فيخلفُه الغريمُ في المال لهذا كله فإنَّ حقَّ الوارث والغريم يتعلق بمال المريض بالموت مستندًا إلى أول المرض، إذ الحكمُ يستندُ إلى أول السبب(١).

ثم إنه نظرًا لكون مرض الموت سببًا لتعلق حقّ الوارث والغريم بالمال، فقد ترتب على ذلك حَجْرُ المريض عن التبرعات بأية صورةٍ كانت، بقدر ما يقع به صيانةُ حق الوارث والغريم، وهو مقدار الثلثين في حق الوارث، وجميعُ المال في حق الغريم إنْ كان دينه مستغرقًا، وبما يفي بالدين من ماله إنْ كان الدينُ غير مستغرق، ومن ثَمَّ اعتبار هباته وتبرعاته المنجزة بمنزلة الوصايا المضافة إلى ما بعد الموت، ولا يؤثر المرضُ في الحجر فيما لا يتعلق به حقُّ الوارث والغريم، كمعاوضته بثمن المثل، وكتبرعاته أو محاباته في المعاوضات في حدود ثلث ماله بعد الدين، أو كصرفه ماله فيما يتعلّقُ به حاجة أصلية للمريض، كالنفقة وأجرة الطبيب وثمن الدواء وأجرة السكن ونحو ذلك على الراجح من أقوال الفقهاء(٢).

إن ما ذكرناه من أن المريض مرض الموت يعتبر محجورًا عليه حجرًا جزئيًا بمنع نفاذ تصرفاته الضارة بحقوق دائنيه أو ورثته، واعتبار تبرعاته وهباته في المرض في حكم الوصية هو مذهب جمهور الفقهاء(٣)، خلافًا لابن حزم الذي اعتبر المريض كالصحيح في تصرفاته كلها دون أي فرق(٤).

---

(١) انظر: كشف الأسرار للبخاري ١٤٢٧/٤، التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٧٧/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٢٤/٧، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣٠٧/٣.

(٣) انظر: شرح الخرشي ٣٠٥/٥، مغني المحتاج ١٦٥/٢، شرح منتهى الإرادات ٢٧٤/٢.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٢٩٧/٨، ١٦٠/٩، ٣٤٨.

أدلة الضابط :

١- وما روي عن عمران بن حصين أنَّ رجلاً أعتق ستة أعبد له عند الموت، لا مال له غيرهم، فأقرع رسول الله ﷺ بينهم، فأعتق اثنين، وأرقَّ أربعة[١] قال الطحاوي: فقد جعل رسول الله ﷺ العتاق في المرض من الثلث، فكذلك الهبات والصدقات[٢].

٢- الإجماع، حيث «قال ابن المنذر: أجمع كلُّ من أحفظ عنه من أهل العلم أنَّ حكم الهبات في المرض الذي يموتُ فيه الواهب حكم الوصايا هذا مذهب المديني و الشافعي و الكوفي»[٣].

٣- القواعد التي تقضي بأن التبرعات في مرض الموت تجري عليها أحكام الوصية باعتبار أن الهبة تبرع، كقاعدة: «تبرعات المريض مرض الموت تعتبر وصايا»[٤]، وقاعدة: «تبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله»[٥]، وقاعدة: «العطية في مرض الموت وصية»[٦]؛ لأن الأصل ودليله يصلح دليلاً لما هو متفرع عنه.

تطبيقات الضابط :

١- إذا وهب المريضُ غير المدين شيئًا من ماله لأجنبي، وقَبَضَهُ الموهوب له، فإنَّ هبته تنفذ إنْ حملها ثلث ماله، أما إذا زادت على

(١) رواه مسلم في صحيحه ١٢٨٨/٣ (١٦٦٨).
(٢) انظر: شرح معاني الآثار ٣٨١/٤.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٢٧١/٨.
(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٣٧/٧.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣٤٩/٧.
(٦) انظر: الإنصـاف للمرداوي ١٨٣/٧، وبلفظ آخر: "العطايا في مرض الموت بمنزلة الوصية" المغني ٣٩٤/٥.

الثلث، فيتوقفُ القدر الزائد منها على إجازة الورثة، فإن أجازوه نفذ، وإنْ ردّوه بطل وذلك باتفاق جماهير أهل العلم(١).

٢- إذا وهب المريض غير المدين لوارثه شيئًا من ماله، وقَبَضَه الموهوب له، وكان للمريض ورثة غير الموهوب له، فإنَّ هبته تتوقف على إجازة باقي الورثة، سواء أكان الموهوبُ أقل من الثلث أم أكثر منه، كما في الوصية للوارث، فإنْ أجازها الورثةُ نفذت، وإنْ ردوها بطلت وهو قول جماهير أهل العلم(٢).

٣- إذا وهب المريضُ المدينُ بدين مستغرق شيئًا من ماله، وقبضه الموهوب له، فلا تنفذ الهبةُ، سواء أكان الموهوب أقلَّ من الثلث أم أكثر منه، وسواء أكان الموهوبُ له أجنبيًا من الواهب أو وارثًا له، بل تتوقف على إجازة الدائنين، فإن أجازوها نفذت، وإنْ ردّوها بطلت وعلى ذلك نص الحنفية(٣)؛ إذ الهبة في مرض الموت في حكم الوصية ولا وصية قبل سداد الدين عن الميت.

---

(١) انظر: الفتاوى البزازية ٢٤١/٦، العقود الدرية لابن عابدين ٨٥/٢، شرح معاني الآثار ٣٨٠/٤، مغني المحتاج ٤٧/٣، المغني ٢٧١/٨، البحر الزخار لابن المرتضى ١٣٦/٤، التاج المذهب للعنسي ٢٧٠/٣، ٣٥٩/٤، ٣٦٤، ٣٦٥، شرائع الإسلام للحلي ٢٥٤/١.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٤٠٢/٤، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١٨١/٢، البهجة للتسولي ٢٤٠/٢، المغني ٢٧١/٨، ٤٧٤، وانظر: المادة/٨٧٩ من المجلة العدلية ص ١٦٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤١٧/٤.

(٣) انظر: شرح الأحكام الشرعية للأبياني ٣١٩/٢، الهبة والوصية لأحمد إبراهيم ص ١٢، وقد نصت م/٨٨٠ من مجلة الأحكام العدلية ص ١٦٩: "إذا وهب من استغرقت تركته بالديون أمواله لوارثه أو لغيره، وسلّمها، ثم توفي، فلأصحاب الديون إلغاء الهبة، وإدخال أمواله في قسمة الغرماء".

استثناءات من الضابط :

١- ذكر الحنفية والشافعية أنَّ هبة المريض تفترق عن الوصية في أنه يشترط فيها قبض الموهوب قبل موت الواهب وعلى ذلك، فلو وهب الرجلُ في مرض موته شيئًا من ماله لآخر، فلم يقبضه الموهوبُ له حتى مات الواهب، بطلت الهبة، ولم يكن للموهوب له شيء، بخلاف الوصية، فإنه لا يشترطُ فيها قبضُ الموصى له قبل موت الموصي[1].

٢- قال الحنابلة: تفترق هبة المريض عن الوصية في الأحكام الأربعة الآتية[2] :

أولاً : يبدأ في هبات المريض بالأول فالأول منها، لوقوعها بالقبض لازمةً، بخلاف الوصايا، فإنه يُسَوَّى بين متقدمها ومتأخرها، لأنها تبرعٌ مضافٌ إلى ما بعد الموت، فتوجَدُ دفعةً واحدة ولو كثرت.

ثانيًا : لا يصحُّ الرجوعُ في الهبة بعد القبض، لأنها لازمةٌ في حق المعطي، بخلاف الوصية، فإنه يصح الرجوع فيها، لأنَّ التبرع فيها مشروطٌ بالموت، فقبل الموت لم يوجد، فكانت كالهبة قبل القبول.

ثالثًا : يعتبر قبول الهبة عند إنشائها، لأنها تمليكٌ في الحال، فتعتبرُ شروطه وقت وجوده، بخلاف الوصية، فإنها تمليكٌ مضافٌ إلى ما بعد الموت، فتعتبر شروطه عند وجوده.

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٠٠، المبسوط ١٢/١٠٢، العقود الدريّة في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٨٢، الأم ٣/٢٨٥.

(٢) انظر: كشاف القناع ٤/٣٦٤، مطالب أولى النهى ٤/٤٢٨، ٤٢٩.

رابعًا : يثبت الملك في الهبة من حين وجودها بشروطها مراعى[١]، بخلاف الوصية، فإنها لا تتم إلا بوفاة الموصي[٢].

أ.د. نزيه حماد

* * *

(١) لأنّا لا نعلمُ هل هذا مرض الموت أم لا؟ ولا نعلم هل يستفيد المريض مالاً أو يتلفُ شيءٌ من ماله؟ فتوقَفْنا لنعلم عاقبة أمره، لنعمل بها، فإذا مات، وخرجت الهبةُ من ثلثه عند موته، تبيَّنا أن الملك كان ثابتًا من حين الهبة، لعدم المانع منه شرح منتهى الإرادات ٢/٥٣٢.

(٢) وعلى ذلك جاء في المادة ٩١٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣١٧: "هبةُ المريض مرض الموت المَخُوف وصيةٌ، فتجرى فيها أحكامها، غير أنه يُبدأ فيها بالأول فالأول، ولا يصح الرجوع فيها، ويعتبر قبولها عند وجودها، ويثبتُ فيها من حينها الملك مُرَاعى، بخلاف الوصية".

ضوابط باب القرض

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٢

نص الضابط: مَا جَازَ السَّلَمُ فِيهِ جَازَ قَرْضُهُ، وَمَا لا فَلا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- ما جاز السلم فيه جاز إقراضه، وما لا فلا[٢].

٢- كل ما يصح أن يسلم فيه يصح أن يقرض، وكل ما لا يصح سلمه لا يصح قرضه[٣].

٣- يجوز إقراض ما يسلم فيه، وما لا يسلم فيه لا يجوز إقراضه[٤].

٤- ما صح السلم فيه صح إقراضه، وما لا فلا[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وما لا فلا[٦]. (مكمل).

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٧ وبلفظ آخر: "كل ما جاز السلم فيه جاز إقراضه، وما لا يجوز السلم فيه لا يجوز إقراضه " الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٦٧/٣.

(٢) انظر: الغرر البهية ٦٧/٣.

(٣) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٩/٥.

(٤) انظر: المنهاج للنووي ٣١/٣- ٣٢.

(٥) انظر: إعانة الطالبين للبكري ٨٧/٣.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ١١١/٤، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

شرح الضابط :

هذا الضابط في باب القرض، وهو يتناول ركنا مهما من أركانه، وهو ركن المحل الذي يقع القرض عليه (أي: المال المقرض)، ويبرز جانبًا مهما من العلاقة بين عقدي السلم والقرض، ويوضح أن كل ما جاز السلم فيه، فإنه يجوز إقراضه، وما لا يجوز السلم فيه لا يجوز إقراضه.

والسلم: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد[١] ولا يجوز السلم إلا فيما كان موصوفا مضبوطا ضبطا ينفي الجهالة عن المسلم فيه، ويرفع المنازعة بين المتعاقدين، سواء كان هذا الضبط بوزن أم بكيل أم غير ذلك[٢].

والقرض في اللغة: القطع[٣]، ومن جملة معانيه: ما تعطيه غيرك من المال لِتُقْضَاه[٤] وفي الشرع: يطلق القرض اسما بمعنى الإقراض: وهو تمليك الشيء على أن يرد بدله، وسمي بذلك؛ لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله ويسميه أهل الحجاز سلفا[٥].

وهذا الضابط ليس محل اتفاق بين الفقهاء، ومما يؤيد رأي القائلين به، وهم المالكية والشافعية، ما بين عقدي السلم والقرض من أوجه التشابه، ومن ذلك:

١- أن كلا من العقدين فيه دفع معجلٍ في غيره[٦].

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٨٨- ٢٨٩، وقريب منه ما في حاشية ابن عابدين ٤/٢٠٣.

(٢) اختلاف الفقهاء للطبري ١/١٢٥، وعمدة القاري للعيني ١٢/٨٩.

(٣) انظر: المغرب للمطرزي ص ٣٧٩.

(٤) انظر: المصباح المنير للفيومي ص ٤٩٨.

(٥) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٤٠.

(٦) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٥/٢٢٩.

٢- أن كلا العقدين من باب نقل الحق بعوض من مستحق إلى مستحق[١]، فعقد السلم هو بيع دين بعين مقبوضة في المجلس، أو بدين يقبض فيه، وعقد القرض: هو بدل عين مقبوضة في مقابلة عوض مؤجل.

أما غير المالكية والشافعية، فقد وضعوا ضوابط أخرى لما يصلح فيه القرض، ويمكن رد الخلاف بين الجميع إلى أربع اتجاهات:

الاتجاه الأول: يصح القرض فيما يجوز السلم فيه.

وقد ذكرنا أنه مذهب فقهاء المالكية والشافعية حيث ربطوا بين عقد السلم والقرض، في هذا الباب، ولذلك؛ فإن فقهاءهم نصوا على أنه يجوز قرض ما يسلم فيه، بمعنى: أنه يجوز قرض المتمول الذي يسلم فيه من عين وعرض وطعام وحيوان ونحوها، دون غيره، وذكروا هذا الضابط الذي نقوم بشرحه[٢].

ولا يجوز إقراض المنافع؛ لأنه لا يجوز السلم فيها؛ ومحله في منافع العين المعينة، أما المنافع التي في الذمة، فيجوز إقراضها لجواز السلم فيها[٣].

الاتجاه الثاني: يصح القرض في المثليات دون غيرها.

يرى فقهاء الحنفية أنه يصح القرض في المثليات، كالمكيل (الشعير والحنطة)، والموزون (الدقيق) والعدديات المتقاربة (الجوز والبيض)، ولا يجوز القرض في الأموال غير المثلية، ويكون القرض فاسدا، فلا يجوز القرض في الحيوان والثياب والعقار والعدديات المتفاوتة، والأموال التي تقرض بقرض

---

(١) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٨١/٢.

(٢) انظر: منح الجليل لعليش ٤٠١/٥، التاج والإكليل للمواق ٥٢٩/٦، الذخيرة للقرافي ٢٨٧/٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٧، أسنى المطالب ١٤٠/٢، الغرر البهية ٦٧/٣- ٦٨، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣١/٣.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣٢/٣.

فاسد على هذا الوجه يجب ردها للمقرض إذا كانت لم تزل موجودة في يد المستقرض(١).

الاتجاه الثالث: يصح القرض في كل عين يجوز بيعها.

يرى المالكية والحنابلة أن القرض يصح في كل عين يجوز بيعها، من مكيل وموزون ومذروع ومعدود وغيره، ولا يصح قرض المنافع؛ لأنه غير معهود، وجوز الشيخ ابن تيمية قرض المنافع: مثل أن يحصد معه إنسان يوما، ويحصد الآخر معه يوما بدله، أو يسكنه دارًا ليسكنه الآخر دارًا بدلها، كالعارية بشرط العوض(٢).

الاتجاه الرابع: يصح القرض في كل ما يحل تملكه وتمليكه بهبة أو غيرها، سواء جاز بيعه أو لم يجز.

ذهب الظاهرية إلى أن القرض جائز في كل ما يحل تملكه وتمليكه بهبة أو غيرها، سواء جاز بيعه أو لم يجز؛ لأن القرض هو غير البيع، لأن البيع لا يجوز إلا بثمن، ويجوز بغير النوع الذي بِيع به، ولا يجوز في القرض إلا رد مثل ما اقترض، لا من غير نوعه أصلا(٣).

ولفقهاء الزيدية والإمامية منحى آخر في ضبط ما يجوز قرضه، وفيما يلي بيانه:

مذهب الزيدية: يرى الزيدية أن القرض يصح في كل مثلي أو قيمي، بشرط كونه من الجمادات، إذا أمكن وزنه أو قل التفاوت فيه، كالخشب والحطب والريحان، ولا يصح في الحيوان؛ لعظم تفاوتها كالجواهر، لأن

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٨٥.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٦/٥٢٩، كشاف القناع ٣/٣١٤.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٦/٣٤٧.

الواجب في القرض رد المثل فيمنعه التفاوت[١].

مذهب الإمامية: ما يصح إقراضه هو كل ما يضبط وصفه وقدره، فيجوز إقراض الذهب والفضة وزنا، والحنطة والشعير كيلا ووزنا، والخبز وزنا وعددا؛ نظرا إلى المتعارف، وكل ما يتساوى أجزاؤه يثبت في الذمة مثله، كالحنطة والشعير، والذهب والفضة، وما ليس كذلك يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم، ولو قيل يثبت مثله أيضًا كان حسنا[٢].

أدلة الضابط:

الدليل على أن ما جاز السلم فيه جاز قَرضُه:

١- لأن ما جاز السلم فيه يصح ثبوته في الذمة[٣] فلذلك يجوز قرضه.

٢- ولأنه ﷺ اقترض بكرًا[٤]، وقيس غيره عليه[٥].

الدليل على أن ما لا يجوز السلم فيه لا يجوز قَرضُه:

لأن ما لا يجوز السلم فيه، لا ينضبط أو يندر وجوده، وما كان كذلك فإنه يتعذر أو يتعسر رد مثله[٦] فلا يجوز قرضه.

---

(١) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٣٩٣/٤.

(٢) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٦٢/٢.

(٣) انظر: الغرر البهية ٦٧/٣، أسنى المطالب ١٤١/٢، مغني المحتاج ٣١/٣.

(٤) البكر: الفتي من الإبل، بمنزلة الغلام من الناس انظر: النهاية في غريب الأثر ٣٨٧/١، أنيس الفقهاء مادة "ب ك ر".

(٥) انظر: مغني المحتاج ٣٢/٣.

(٦) انظر: أسنى المطالب ١٤١/٢، الغرر البهية ٦٧/٣، مغني المحتاج ٣٢/٣.

تطبيقات الضابط :

١- يصح القرض في المكيلات والموزونات، لأنه يصح السلم فيها؛ وما جاز السلم فيه جاز إقراضه[١].

٢- يصح القرض في العروض كلها؛ لأنه يصح السلم فيها، وما جاز السلم فيه جاز إقراضه[٢].

٣- يصح قرض الحيوان؛ لأنه يصح السلم فيه، وما جاز السلم فيه جاز إقراضه[٣].

٤- لا يصح القرض في العقار من الأرضين والدور والأشجار، لأنه لا يصح السلم فيها، وما لا يجوز السلم فيه لا يجوز إقراضه[٤].

٥- لا يصح القرض في الجواهر النفيسة، لأنه لا يصح السلم فيها، وما لا يجوز السلم فيه لا يجوز إقراضه[٥].

٦- لا يجوز إقراض المنافع؛ بأن يقول أقرضتك منفعة داري هذه شهرا؛ لأنه لا يجوز السلم فيها[٦].

استثناءات من الضابط :

لا يجوز السلم في الخبز، ويجوز قرضه؛ وعليه عمل الناس[٧].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: ضابط "ما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه وما لا فلا"، وروضة القضاة لابن السمناني ١٢٥٨/٣، ومجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ٣٧٨/١.

(٢) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٩/٥.

(٣) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٩/٥، البهجة للتسولي ٢٨٧/٢.

(٤) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٩/٥، منح الجليل ٤٠١/٥، التاج والإكليل ٥٢٩/٦، البهجة للتسولي ٢٨٧/٢.

(٥) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٢٢٩/٥، منح الجليل ٤٠١/٥، مغني المحتاج ٣٢/٣.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٣٢/٣، حاشية العطار على شرح المحلى على جمع الجوامع ٣٦٨/٢.

(٧) انظر: المنثور للزركشي ١٥٥/٣، أسنى المطالب ١٤١/٢، مغني المحتاج ٣٢/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٣

نص الضابط: كلُّ قرضٍ جَرَّ نفعًا، فهو حرامٌ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- كلُّ قرض جرّ منفعةً فهو وجه من وجوه الربا[٢].

٢- كلُّ قرض شُرط فيه أن يزيده، فهو حرام[٣].

٣- كلُّ سَلَفٍ جرّ منفعة فهو حرام[٤].

صيغ ذات علاقة :

كلُّ زيادة في سَلَفٍ، أو منفعةٍ[٥] يَنتفع بها الـمُسلف، فهي ربا[٦]. (أعم).

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٢٦٥، قواعد الإشراف على مسائل الخلاف للدكتور الروكي ص١٦٥ وفي قواعد الفقه للمجددي ص١٠٢ "كل قرض جرّ نفعا فهو ربا حرام".

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٣٤٩/٥، وهو أثر مروي عن فضالة بن عُبيد رضي الله عنه.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٢١١/٤.

(٤) الأحكام للهادي ٨١/٢.

(٥) يعني: أو كلُّ منفعةٍ ينتفع بها الـمُسلِف، فكلمة "أو منفعة" معطوفة على "كلُّ زيادة" وليس على "في سلف".

(٦) الكافي لابن عبد البر ٧٢٨/٢.

شرح الضابط :

القرض لغةً : معناه: القطع، ومنه: المقراض ومنه أُخذ (القرض) بمعنى المال الذي تعطيه غيرَك لتستوفي منه فيما بعدُ، وكأنه شيءٌ قد قطعتَه من مالك[١].

واصطلاحًا: دفع مال إرفاقًا لمن ينتفع به ويردّ بدله[٢].

ومفاد القاعدة : أن كل قرض يريد به مُقرِضُه نفعًا ماديًا أو غيرَ مادي، فهو ربا حرام[٣].

وقد اتفقت **المذاهب الثمانية** على مضمون هذا الضابط[٤].

وإذا كان النفع مشروطا من طرف المقرض على المستقرض، فهو حرام باتفاق[٥] قال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسلِّف إذا شَرَط على المستسلف زيادةً أو هديةً، فأسلَف على ذلك، أنّ أخذ الزيادة على ذلك ربا[٦].

وينطبق هذا الحكم على العُرف أيضًا إذا جرى مجرى الشرط، لأن المعروف عُرفًا كالمشروط شرطًا[٧].

---

(١) انظر: المصباح المنير للفيومي (قرض).

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٢.

(٣) موسوعة القواعد للبورنو ٧/٩٧٠.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي٥/٧٩، الكافي لابن عبد البر ٢/٧٢٨، نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٣٠، شرح الخرقي للزركشي ٤/١٣٢، المحلى لابن حزم ٨/٨٦، الأحكام للهادي ٢/٨١، الدراري المضية للشوكاني ١/٣١٥، شـــرح النيل لأطفيش ١٤/٦٢، الروضة البهية لزين الدين العاملي ٢/٤٤٨ .

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٣٠، موسوعة القواعد للبورنو ٧/٩٧٠.

(٦) المغني لابن قدامة ٤/٢١١.

(٧) حاشية ابن عابدين ٥/٤٨٨، الشرح الكبير للدردير ٣/٢٢٥.

أما إذا حصلت المنفعة للمقرض بدون اشتراط، فلا حرج بها عند جمهور الفقهاء[(١)]، وهي نوعُ شكرٍ من المقترض وحُسن قضاء للقرض، وإليه يرشد فعلُ النبي ﷺ حين استسلف من رجلٍ بكْرًا (وهو نوعٍ من الإبل)، ثم ردّ ﷺ عليه خيرًا منه، وقال: «إن خيار الناس أحسنهم قضاءً»[(٢)] وعن جابر رضي الله عنه قال: «أتيت رسول الله ﷺ وكان لي عليه دَيْن، فقضاني وزادني»[(٣)] ولأن تلك الزيادة لم تُجعل عوضا في القرض ولا وسيلة إليه، فحلّت كما لو لم يكن قرض.

وهكذا لو حصلت المنفعة للمقترض أيضًا بأن قَضَى القرضَ أقل من صفته التي كان اقترَض عليها أو أقل من وزنه، ورضي المقرض بذلك، فهي منفعةٌ للمقترض، ولا حرج فيها، لأنها تجاوزٌ من المُقرض وتمامُ إحسان منه[(٤)].

أدلة الضابط:

١- أصل هذا الضابط، حديث: «كل قرض جَرَّ منفعةً فهو ربا»[(٥)] وهذا

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين٥/٤٨٨، الشرح الكبير للدردير٣/٢٢٥، مغني المحتاج للشربيني ٢/١١٩، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣١٦، المحلى لابن حزم ٨/٧٧، الدراري المضية للشوكاني ١/٣١٥، الروضة البهية لزين الدين العاملي ٢/٤٤٨.

(٢) رواه مسلم ٣/١٢٢٤ (١٦٠٠) عن أبي رافع رضي الله عنه.

(٣) رواه البخاري في مواضع منها ١/٩٦ (٤٤٣) وهذا لفظه، ومسلم ١/٤٩٥ (٧١٥) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

(٤) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٣٥٨، ٣٥٩، المغني ٤/٢١٢.

(٥) رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده ١/٥٠٠ (٤٣٧) من حديث علي رضي الله عنه وسنده ضعيف انظر: نصب الرايـــة للزيلعـي ٤/٦٠ والتلخيص الحبير لابن حجر ٣/٣٤ وبلوغ المرام لابن حجر ١/١٧٦ وروى البيهقي في سننه الكبرى ٥/١٧١ - ٥٧٤ معناه موقوفًا عن جمع من الصحابة وهم ابن مسعـود وأُبيّ بن كعب وعبد الله بن سلاَم وابن عباس رضي الله عنهم ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/٣٢٧ – ٣٢٨ عن جمع من التابعين وعبد الرزاق في مصنفه ٨/١٤٥ عن محمد بن سيرين وإبراهيم النخعي.

الحديث وإن كان ضعيفا سندًا إلا أن مضمونه يتقوى بقرائن أخرى، فمنها:

أ- ما جاء عن أنس رضي الله عنه مرفوعًا إلى النبي ﷺ: «إذا أقرض أحدُكم قرضا، فأهدَى إليه طَبَقًا فلا يقبلْه، أو حَمَله على دابة فلا يركبْها، إلا أن يكون بينه وبينه قبل ذلك»(١).

ب-ومنها ورود آثار عن السلف من الصحابة والتابعين تدل على معنى الحديث، فمن ذلك:

- عن عطاء بن أبي رباح قال: «كانوا يكرهون كلَّ قرض جرَّ منفعة»(٢).

- وعن عبد الله بن سلام رضي الله عنه أنه قال لأبي بُردة بن أبي موسى الأشعري: «إنك في أرضٍ، الربا بها فاشٍ، إذا كان لك على رجل حقٌّ، فأهدَى إليك حِملَ تبنٍ أو حِمل شعير أو حِمل قَتٍّ، فلا تأخذه، فإنه ربا»(٣) وفي لفظ آخر عنه: «إنك في أرضٍ، الربا فيها فاشٍ، وإن من أبواب الربا أن أحدكم يُقرض القرض إلى أجل، فإذا بلغ، أتاه به وبسلّة فيها هدية، فاتّقِ تلك السلة وما فيها»(٤).

- وعن أُبيّ بن كعب رضي الله عنه أنه قال لزِرّ بن حُبيش: « إنك بأرضٍ، الربا فيها كثير فاشٍ، فإذا أقرضتَ رجلا فأهدَى إليك هديةً، فخذ قرضك، واردُدْ إليه هديته»(٥).

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه ٨١٣/٢ (٢٤٣٢)، والطبراني في الأوسط ٣٠/٥ (٤٥٨٥)، والبيهقي في السنن الكبرى للبيهقي ٥٧٣/٥ (١٠٩٣٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال البوصيري في مصباح الزجاجة ٧٠/٣: هذا إسناد فيه مقال وذكره.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٢٧/٤ (٢٠٦٨٩).

(٣) رواه البخاري ٣٨/٥ (٣٨١٤) و "القت": علف الدواب كما في فتح الباري ١٣١/٧.

(٤) رواه البيهقي في السنن الكبرى ٥٧٢/٥ (١٠٩٢٧)، وفي شعب الإيمان ٣٧١/٧ (٥١٤٥).

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه ١٤٣/٨ (١٤٦٥٢)، وابن أبي شيبة ٣٢٦/٤ (٢٠٦٧١) والبيهقي في السنن الكبرى ٥٧٢/٥ (١٠٩٢٨)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار ١١٥/١١ (٤٣٣٣).

- وروى أبو عبيد بسنده عن عبد الله بن مسعود أنه سئل عن رجل استَقرَض من رجل دراهم، ثم إن المستقرض أَفقَرَ المُقرضَ ظهرَ دابته[١]، فقال عبد الله: «ما أصاب من ظهرِ دابته فهو ربا»[٢] قال أبو عبيد مفسّرًا مُراد ابن مسعود: «أنه يذهب إلى أنه قرضٌ جرّ منفعة»[٣].

ج- ومن القرائن القوية المقوية للحديث: أن الحديث مُتلقّى بالقبول ومجمَعٌ على معناه بين أهل العلم، فلا خلاف بين العلماء بأن كل قرض جر منفعة فهو ربا، فالمعول عليه في ذلك هو الإجماع، وليس هذا الحديث الضعيف[٤] قال الشيخ عطية سالم في شرح بلوغ المرام: «هذه هي القاعدة العامة التي أخذ بها جمهور الفقهاء، وإن كان الحديث متكلما في سنده ولا ينهض للاحتجاج وحده، لكن تشهد له قرائن أخرى، وهذه أصبحت قاعدة عند الفقهاء معمولاً بها دون منازعة، أجمعوا على العمل بهذه القاعدة: «كلُّ قرض جر نفعًا فهو ربا»، سواء صح السند، أو كان فيه اضطراب، أو فيه ضعف، فإن العلماء تقبلوه بالقبول، ورتبوا عليه هذه الأحكام، وأصبحت معمولاً بها عند الأئمة رحمهم الله»[٥].

٢- إن المعنى في المنع من هذا النوع من القرض، هو أن موضوع القرض الإرفاقُ، فإذا شَرَط المُقرض فيه لنفسه حقًا وطلب من وراء إقراضه نفعًا خاصًا له من المقترض، فقد خرج القرض بذلك عن موضوعه، لأنه يكون قرضًا

---

(١) أي أعاره له للحمل والركوب، كما في القاموس المحيط (فقر).

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٢٤٥/٨(١٥٠٧١)، وابن أبي شيبة ٣٢٧/٤(٢٠٦٨٠)، ٣٢٨(٢٠٦٩٢)، والبيهقي في السنن الكبرى ٥٧٣/٥ (١٠٩٣٢)، ٥٧٤ (١٠٩٣٨)، ٦٥/٦ (١١٢١٢).

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٥٧٣/٥ (١٠٩٣٢).

(٤) انظر: شرح سنن أبي داود لعبد المحسن العباد.

(٥) انظر: شرح بلوغ المرام لعطية سالم.

للزيادة لا للإرفاق والقربة، ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا، لأنها فضلٌ لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا وشبهة الربا واجب[١].

تطبيقات الضابط:

١- لا يجوز قرضُ نقدٍ إن اقترن بشرط ردِّ زيادةٍ على القدر المُقرَض، أو ردِّ جيدٍ عن رديءٍ، أو رَهْنه بدينٍ آخر، أو أن يسكن المُقرض في دار المستقرض، أو غير ذلك من كل شرطٍ يجرّ منفعة للمُقرض[٢].

٢- لا يحلّ للمقترض أن يُهدي الدائنَ رجاء أن يؤخِّر دَينَه، لأنه يؤدي إلى أنه تأخيرٌ في مقابل الهدية، وهي زيادة في مقابل القرض، ففيه سلفٌ جرّ نفعًا[٣].

٣- لو أقرض رجلٌ شخصا قرضا، ثم استعمله في عملٍ لم يكن ليستعمله في مثله قبل القرض، كان قرضًا جرّ منفعة[٤].

٤- لا يحل سلف وبيع، وذلك مثل أن يقول: أبيعك كذا بخمسين ديناراً على أن تُسلفني ألف درهم في متاع أبيعه منك إلى أجلٍ، فهذا فاسد لأن المشتري إنما يُقرض البائع في مقابل محاباة البائع له في الثمن، فيكون القرض قد جرَّ نفعا للمُقرض[٥].

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٣٠، بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٩٥.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٣٠، حاشية الشلبي ٧/٦٥، حاشية الروض لابن قاسم ٥/٤٥، المحلى ٨/٨٦.

(٣) انظر: شرح الخرشي على خليل ٥/٢٣٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٩٠، الموسوعة الكويتية ٣٣/١٣٠.

(٤) انظر: المغني ٤/٢١٢.

(٥) انظر: عون المعبود للعظيم آبادي ٩/٢٩٢، حاشية الروض لابن قاسم ٤/٣٩٩.

٥- رهن الأرض أو النخيل مقابل الانتفاع بها إلى أن يتم سداد القرض، حرام شرعا، لأنه قرض جر نفعا فيكون ربا(١).

٦- تقوم البنوك التجارية ببعض الأعمال التي تدخل في نطاق القرض الذي يجرّ نفعا للمقرض، فتكون محرمةً وداخلةً في دائرة الربا، فمنها:

اقتراض البنوك للأموال من أصحاب الودائع مقابل فائدة تعطى لهم، فالودائع في مثل هذه الحال بمثابة قروض نظير فائدة(٢).

إقراض البنوك للأموال المتجمعة تحت يدها إلى عملاء آخرين (غير أصحاب الودائع الأصليين) مقابل فائدةٍ تحصل عليها البنوك مقابل هذا القرض، ومن ثَمّ تَثْرَى هذه المصارف بما يتجمع لديها من فروق بين سعر فائدة الاقتراض وسعر فائدة الإقراض.

تُعطي البنوكُ هدايا مالية أو عينية لعملائها أصحاب الودائع (المُقرضين) خصوصا لأصحاب الشأن والامتيازات منهم وهذه تُعتبر أيضًا من باب الربا.

فجميع ما سبق من صور الفوائد والهدايا الممنوحة، صورٌ محرمة لأنها من باب القرض الذي يجرّ نفعا، وهي وإن كانت غير مشروطة إلا أن العُرف البنكي قد جرى بها، والعرف يُنزّل منزلة الشرط(٣).

---

(١) انظر: فتاوى الأزهر ٦/ ١٩٠.

(٢) اعتبار الوديعة المأذون في استعمالها، (قروضا)، هو ما قررته بعض القوانين المدنية كالقانون المدني المصري حيث جاء في المادة ٧٢٦ منه: إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودَع عنده، مأذونا في استعماله، اعتُبر العقد قرضا انظر: فتاوى الأزهر ٦/ ٣٨٥ وهذا هو المنطبق في أيامنا على الودائع المصرفية.

(٣) انظر: فتاوى الأزهر ٦/ ١٢٥، ٣٨٥.

٧- توجد في بعض الجهات هيئات تسمى بـ (اتحاد الضمان) أو (صناديق التوفير والمدخرات)، وهي جهة يشترك فيها مجموعة من الأشخاص بأموالهم من أجل توفيرِ قروض للمحتاجين من أعضائها المشتركين فيها، والحصولِ على فائدة قليلة منهم لمواجهة النفقات المتزايدة، فهذه الفائدة مهما كان قدرها، هي محرمة وتدخل فى نطاق الربا، باعتبارها نفعا مستفادا من القرض وكل زيادة مشروطة في القرض أو مستفادة بسببه فهي من باب الربا المحرم(١).

٨- شهادات الاستثمار ذات الفائدة المحددة والعائد الجاري، هي من قبيل القرض بفائدة، فيحرم التعامل بها(٢).

استثناءات من الضابط :

١- يجوز استقراض الخبز، وردُّه زيادةً ونقصانًا وزنًا أو حجمًا بدون شرطٍ ولا قصدٍ لذلك، لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق التحرز عنه، فتدخله المسامحة(٣).

د. محمد يحيى بلال

* * *

(١) انظر: فتاوى الأزهر ٦/١٢٥.
(٢) انظر: فتاوى الأزهر ٦/١٥٤.
(٣) انظر: المغني ٤/٢١١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٤

نص الضابط: يُسْمَحُ فِي بَابِ الـقَرْضِ فِيمَا لا يُسْمَحُ فِيهِ فِي بَابِ الـمُبَادَلَةِ[(١)].

صيغ ذات علاقة:

١- ما بني على الرفق جاز فيه من المسامحة ما لم يجز في غيره[(٢)]. (أعم).

شرح الضابط:

القرض في النظر الشرعي عقدٌ مبني على المكارمة والإرفاق[(٣)]، وهو من أبواب القُرَب والمعروف والإحسان، لا من صنف البيع ونحوه من المبادلات المالية المبنية على الاسترباح والكسب والمكايسة، ولهذا رخَّصَ الشارعُ فيه واغتفر بما لم يرخص به ويغتفره في أبواب المعاملات المالية، ليتوسع الناس فيه جلبًا لمصلحة المعروف بينهم، حيث إنه تبرعٌ بمنافع المال المُقْرَض - من جنس التبرع بمنافع العارية[(٤)] - وليس من باب البيع أصلاً، إذْ لا يوجد عاقلٌ يبيع

(١) المعيار المعرب للونشريسي ٥/٢٠.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٣/١٢٧٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) القبس لابن العربي ٢/٨٤٢، الذخيرة للقرافي ٥/٤٣٦.

(٤) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥١٤.

درهمًا بمثله من كل وجه إلى أجل، ولا أَحَدَ يبيعُ شيئًا بجنسه إلى أجل إلا مع اختلاف الصفة أو القدر، وذلك محظور في القرض[1].

أدلة الضابط:

١- إن القرض من العقود التي مبناها على الرفق، وقد تقرر شرعًا أن: «مَا بُنِيَ على الرفق يجوز فيه من المسامحة ما لم يجز في غيره»[2]، فهذه القاعدة وأدلتها أدلة للضابط لكونه أخص منها.

تطبيقات الضابط:

١- المبادلةُ في الربويات لا يجوزُ فيها تأخير أحد البدلين، وقرضُ الربويات يجوز فيه ذلك، لما فيه من الرفق[3] وعلى ذلك قال الكاساني: «إقراضُ الدراهم والدنانير لا يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين»[4] وجاء في «الذخيرة»: «قاعدة: شَرَعَ اللهُ السَّلَف للمعروف والإحسان، ولذلك استثناهُ من الربا المحرَّم، فيجوزُ دَفْعُ أحد النقدين فيه ليأخذ مثله نسيئةً، وهو محرَّمٌ في غير القرض، لكن رجحَتْ مصلحةُ الإحسان على مصلحة تحريم الربا، فقدّمها الشرعُ عليها على عادته في تقديم أعظم المصلحتين على أدناهما عند التعارض»[5].

---

(١) انظر: إعلام الموقعين لابن قيم ٢/٣٩٠، مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٠/٥١٤.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٣/١٢٧٧.

(٣) المعيار للونشريسي ٥/٢٠، وانظر: الموافقات للشاطبي ٣/١٩٩، البيان للعمراني ٥/٤٦٦، نهاية المطلب للجويني ٦/٤٤٤، الفروق للقرافي ٤/٢، الذخيرة ٥/٢٥٥، إعلام الموقعين ٣/١٠٦، ١١٠، ١٢١، تهذيب الفروق ٣/٢٩١، ٢٩٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٩٦.

(٥) الذخيرة ٥/٢٣١.

٢- القرضُ ـ كما نص القرافي ـ خولفت فيه قاعدةُ المزابنة، وهي بيع المعلوم بالمجهول من جنسه، إنْ كان في الحيوان ونحوه من غير المثليات لأجل مصلحة المعروف للعباد[١].

٣- القرضُ ـ كما قال القرافي ـ خولفت فيه قاعدة «بيع ما ليس عندك» إنْ كان القرض في المثليات، لأجل مصلحة المعروف للعباد[٢].

٤- الشرط الفاسد يُفْسِدُ عقودَ المبادلات المالية إذا قارنها، ولكنه لا يُفْسِدُ عقد القرض إذا اشترط فيه، فيصح العقد، ويفسد الشرط، إذْ الأصلُ في القرض أنه لا يفسد بفساد الشرط، قال العمراني: «لأنَّ القرضَ عقد إرفاق، فلم يبطل بالشرط الفاسد، بخلاف البيع»[٣] وعلى ذلك نصَّ الحنفية و الحنابلة في المذهب و الشافعية في أحد الوجهين[٤] وجاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: «القرضُ لا يفسد بالشروط الفاسدة، وإنما يلغو الشرط الفاسد»[٥].

٥- ذهب أبو يوسف ـ في رواية عنه ـ إلى أنَّ ركن القرض الإيجابُ فقط ـ بخلاف البيع ونحوه من عقود المبادلات المالية، فإنّ ركنه الإيجاب والقبول ـ ووجه ذلك «أنَّ الإقراض إعارةٌ، والقبول ليس بركن في الإعارة»[٦] وذكر إمام الحرمين الجويني أنَّ القرضَ عمادُه الإيجاب

---

(١) الفروق ٤/٢، الذخيرة ٥/٢٨٩.
(٢) الفروق ٤/٢، الذخيرة ٥/٢٩٠.
(٣) البيان للعمراني ٥/٤٦٦.
(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٢٧، رد المحتار ٤/١٧٤، وقد جاء في (م/٣٢٤) من مرشد الحيران ص ٨٣: إنَّ ما كان من عقود التبرعات كالهبة والقرض فإنه يصحُّ مع اقترانه بالشرط الفاسد، ويلغو الشرط.
(٥) مجلة الأحكام الشرعية ص ٢٧٢ (مادة/٧٤٥).
(٦) بدائع الصنائع ٧/٣٩٤.

والإقباض قال في «نهاية المطلب»: «وأما قبولُ المستقرض نطقًا، ففيه خلاف فمن أصحابنا مَنْ لم يشترطه، وهو ظاهر المذهب؛ لأنَّ الإقراض حاصله يرجعُ إلى الإذن في الإتلاف على شرط الضمان، وهذا لا يستدعي قبولاً»(١) وجاء في تعليل الخطيب الشربيني لعدم اشتراط القبول في القرض في أحد القولين «لأنه مكرمةٌ وإباحةُ إتلاف بشرط ضمان المثل»(٢).

٦- إذا قضى المقترض خيرًا مما اقترضه في الصفة أو دون ما اقترضه بالتراضي من غير مواطأة جاز؛ لأن القرض مبني على العفو لأجل الرفق(٣).

٧- إذا أهدى المقترض للمقرض هدية بعد الوفاء بلا شرط أو مواطأة جاز؛ لأن القرض تجري فيه المسامحة(٤).

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) نهاية المطلب في دراية المذهب ٥/ ٤٥٤.
(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/ ١١٨.
(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٣١٧.
(٤) انظر: كشاف القناع ٣/ ٣١٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٥

نص الضابط: القَرْضُ لا يَفْسُدُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ وَإِنَّمَا يَلْغُو الشَّرْطُ الفَاسِدُ(١).

صيغ أخرى للضابط :

١- يصح القرضُ مع اقترانه بالشرط الفاسد، ويلغو الشرط(٢).

٢- القرضُ لا يتعلَّقُ بالجائز من الشروط، فالفاسد منها لا يبطله، ولكنه يلغو(٣).

٣- لا يفسد القرضُ بفساد الشرط(٤).

٤- القرضُ لا يفسد بذكر الشَّرط المحرَّم فيه(٥).

٥- القرض لا يتعلَّقُ بالجائز من الشروط، فلا يُفسدُهُ الباطلُ منها(٦).

٦- القرضُ لا يبطلُ بالشرط الفاسد(٧).

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (المادة/٧٤٥).

(٢) مرشد الحيران (المادة/٣٢٤).

(٣) الدر المختار مع رد المحتار ١٧٤/٤، الطحطاوي على الدر ١٠٥/٣.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٢٧/٢، وقد جاء في الدر المختار ٢٢٢/٤ بلفظ "القرض لا يفسد بالشرط الفاسد".

(٥) معونة أولي النهي ٣١٣/٤.

(٦) المبسوط ١٢٦/٢٠.

(٧) المبسوط ٢٥/٢٣، تبيين الحقائق ١٣٣/٤، جامع الفصولين ٦/٢، البحر الرائق ٢٠٣/٦، وقد جاء في المبسوط ٢٤/٢٣ بلفظ: "القرض لا يبطل بالشروط الفاسدة".

صيغ ذات علاقة :

١- الهبة تصح مع اقترانها بالشرط الفاسد، ويلغو الشرط[١]. (نظائر).

٢- الحوالة والكفالة تصحان مع اقترانهما بالشرط الفاسد، ويلغو الشرط. (نظائر).

٣- الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٢]. (نظائر).

٤- يصح الرهن مع اقترانه بالشرط الفاسد، ويبطل الشرط[٣]. (نظائر).

٥- الوصية تصح مع اقترانها بالشرط الفاسد، ويبطل الشرط[٤]. (نظائر).

٦- يبطل القرض بالشرط المُفْسِد[٥]. (مخالف).

٧ – كل عقدٍ من بيعٍ أو غيره عُقد على شرطٍ باطلٍ، كان باطلاً[٦] . (أعم مخالف).

شرح الضابط :

لا خلاف بين الفقهاء في أنَّ الشرطَ الفاسدَ المقارنَ لعقد القرض باطلٌ، كاشتراط منفعةٍ للمُقْرِض مقابل الإقراض، وغير ذلك مما يتنافى مع عقد القرض من الشروط، ولكنهم اختلفوا في كونه مُفْسِداً لعقد القرض أم لا؟ فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن عقد القرض لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يكون

---

(١) مرشد الحيران، فتح القدير ٦/٨٣ (م/٣٢٤).

(٢) جامع الفصولين ٢/٦٦٥، البحر الرائق ٦/٢٠٤.

(٣) مرشد الحيران (المادة/٣٢٤)، وقد جاء في البحر الرائق ٦/٢٠٨، وجامع الفصولين ٢/٤ بلفظ: "الرهنُ لا يبطل بالشرط الفاسد".

(٤) مرشد الحيران (المادة/٣٢٥)، فتح القدير ٦/٨٣.

(٥) البحر الزخار ٤/٦٢٦.

(٦) المحلى ٧/٣٢٠ .

صحيحًا، والشرط باطلا وعلى ذلك جرى الضابط.

وذهب سائر الفقهاء إلى أنَّ عقد القرض لا يصح اقترانه بالشرط الفاسد، وإذا اقترن به فسد العقد والشرط معًا.

ومن الجدير بالبيان أنَّ هذا الضابط عند الحنفية متفرعٌ من منظومة فقهية مذهبية فيما يصح اقترانُه بالشرط الفاسد من العقود وما لا يصح[1]، قوامُها:

أ- أنَّ كلَّ مبادلةِ مالٍ بمال ـ كالبيع والإيجار والاستئجار والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح عن مال بمال ـ لا يصحُّ اقترانُه بالشرط الفاسد، ويفسدُ إذا اقترن به.

ب- وكلُّ ما كان مبادلةَ مالٍ بغير مالٍ ـ كالنكاح والخلع على مال ـ أو كان من عقود التبرعات، كالهبة والقرض، فإنه يصحُّ العقدُ مع اقترانه بالشرط الفاسد، ويلغو الشرط.

ج- وكذلك عقود الرهن والحوالة والكفالة والوكالة والوصية تصحُّ مع اقترانها بالشرط الفاسد، ويبطل الشرطُ وحده.

أدلة الضابط:

١- لأنَّ القَصْدَ من عقد القرض إرفاقُ المقترض، فإذا بطل الشَرْطُ الفاسدُ المقترنُ به، بقي الإرفاقُ بحاله، فيبقى العقد صحيحًا، لتوفر ركنه، وتحقق مقصده، وزوال المانع[2].

---

(١) مرشد الحيران (المادة/٣٢٤، ٣٢٦)، جامع الفصولين ٢/٢-٦، تبيين الحقائق ٤/١٣١-١٣٤، البحر الرائق ٦/١٩٤-٢٠٨، فتح القدير ٦/٨٣.

(٢) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/٩٣.

٢- ولأنَّ القرض من عقود التبرعات[(١)]، والتبرعات لا تفسد بالشرط الفاسد، وإنما يبطل الشرط وحده قال الزيلعي: لأن الشروط الفاسدة في باب الربا (أي ربا البيوع)، وهو يختصُّ بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات، لأنَّ الربا هو الفضلُ الخالي عن العوض وحقيقةُ الشروط الفاسدة أنها زيادةٌ ما لا يقتضيه العقد ولا يُلائمه، فيكون فيها فَضْلٌ خالٍ عن العوض، وهو الربا بعينه، ولا يُتصوَّرُ ذلك في المعاوضات غير المالية ـ كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ـ ولا في التبرعات، فيبطلُ الشرطُ، ويصح تصرفه فيه، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل الشرط»[(٢)].

تطبيقات الضابط :

١- قال السرخسي: «إذا أقرض الرجلُ الرجلَ قرضًا على أن يكفل به فلانًا، كان جائزًا، حاضرًا كان فلانٌ أو غائبًا، ضمن أو لم يضمن وكذلك لو شرط أن يُحيله به على فلان، لأنَّ القرض لا يتعلق بالجائز من الشروط، فلا يُفسده الشرطُ الباطل بخلاف البيع، فإنه لو شُرِطَ فيه كفالةٌ أو حوالةٌ من مجهول أو معلوم غير حاضر، لم يرض بذلك،

---

(١) قال الكمال بن الهمام: "إن القرض تبرع، لأنه صلةٌ في الابتداء وإعارةٌ، حتى يصح القرضُ بلفظ أعرتُك بدل أقرضتُك" فتح القدير ١٤٥/٦ وقال الكاساني: "إن القرض يسلكُ به مسلك العارية كأن المستقرض انتفع بالعين مدةً، ثم ردَّ عينَ ما قَبَضَ، وإنْ كان يردُّ بدل في الحقيقة" البدائع ٣٩٦/٧.

(٢) تبيين الحقائق ١٣١/٤، وانظر: رد المحتار ٢٢٢/٤، ٢٢٨، الكفاية على الهداية ٨٤/٦، تبيين الحقائق أيضًا ١٣٣/٤ وقد روى مسلم ١٢٤٦/٣ (١٦٢٥) من حديث جابر رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: "من أعمر عمرى، فهي للذي أُعْمرَها حيًا وميتًا ولعقبه"، وروى البخاري ١٦٥/٣ (٢٦٢٥) ومواضع أخر، ومسلم واللفظ له ١٢٤٦/٣ (١٦٢٥) عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: "قضى النبي رضي الله عنه بالعمرى أنها لمن وُهِبَتْ له".

فالبيعُ فاسدٌ، لأنَّ الفاسد من الشروط مُبْطِلٌ للبيع، فإنه يتعلق بالجائز من الشروط»[١].

٢- نصَّ الحنفية على أنه إذا قال رجلٌ لآخر: أقرضْتُك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهرًا مثلاً، أو على أن توفيني بالعراق، فيصح القرضُ ويفسد الشرط[٢].

٣- نصَّ الحنابلة على أنَّ الشرط الذي يجر نفعًا للمقرض في عقد القرض حرام[٣] قال ابن قندس: «كتعجيل نَقدٍ لِيُرَخِّصَ عليه في السِّعْرِ، أي أن يعجلَ له مالاً قرضًا قبل أن يشتري منه بشرط أن يُرَخِّصَ عليه في السعر إذا اشترى منه وكأن يشترط المُقْرِضُ استخدام المقترض»[٤].

قال ابن مفلح: «وفي فساد القرض روايتان[٥] قال المرداوي: «**إحداهما**: يفسد جزم به ابن عبدوس في «تذكرته» **والثانية**: لا يفسد (قلت) وهو الصواب وهي من جملة المسائل التي قارنها شرطٌ فاسدٌ وهو ظاهر كلامه في «المغني» و«الشرح»، بل أكثر الأصحاب»[٦].

٤- نصَّ الحنابلة على أنه إذا اشترط في عقد القرض أن يَرُدَّ المقترضُ على المُقْرِض أنْقَص مما اقترض منه، لم يجز، لإفضائه إلى فوات المماثلة، فيصحُّ العقدُ، ويبطلُ الشرط، لأنه يُخالفُ مقتضى العقد،

---

(١) المبسوط ٢٠/١٢٦.

(٢) رد المحتار ٤/٢٢٨، البحر الرائق مع منحة الخالق ٦/٢٠٣، حاشية الطحطاوي على الدر ٣/١٣٤.

(٣) الفروع لابن مفلح ٦/٣٥٢.

(٤) حاشية ابن قندس على الفروع ٦/٣٥٢ وما بعدها.

(٥) الفروع ٦/٣٥٢.

(٦) تصحيح الفروع للمرداوي ٦/٣٥٣.

وهو ردُّ المثل، فأشْبَهَ شرط الزيادة غير أنَّ عقد القرض لا يفسد بالشرط الفاسد، بل يلغو الشرط وحده(١).

٥- نص الحنفية، والحنابلة، والإمامية، والإباضية في قولٍ عند الأكثر، على أنه إذا اشتُرِطَ الأجل في عقد القرض، فالعقدُ صحيحٌ، والشرط فاسد، فيثبُت العوض في ذمة المقترض حالاً وإن أَجَّلَه الـمُقرِض؛ لأنه عقدٌ مُنِعَ فيه التفاضلُ فمُنِعَ فيه الأجلُ كالصرف، إذ الحالُّ لا يتأجل بالتأجيل(٢) وقد جاء في (المادة / ٧٣٩) من «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد»: «لا يصحُّ اشتراطُ الأجل في القرض، ويلغو التأجيل».

٦- نصَّ الحنابلة على أنه إذا شرط المُقْرِضُ على المقترض ردَّ محلِّ القرض بعينه، فيصح العقد، ويلغو الشرط؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، وهو التوسُّعُ بالتصرف، بأن ينتفعَ المقترضُ باستهلاكه وردِّ بدله، فاشتراطُ ردِّهِ بعينه يمنعُ ذلك، غير أنَّ فساد الشرط لا يُفْسِدُ عقد القرض، بل يبقى صحيحًا(٣).

---

(١) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٢٧، كشاف القناع ٣/٣٠٣، المغني ٦/٤٣٩، مطالب أولي النهى ٣/٢٤٤، معونة أولي النهى ٤/٣١٢، الشرح الكبير على المقنع ١٢/٣٤٥.

(٢) فتح القدير ٦/٤٨٤، النتف للسفدي ١/٤٩٣، الفتاوى الهندية ٣/٢٠٢، المغني ٦/٤٣١، معونة أولي النهى ٤/٣١١، كشاف القناع ٣/٣٠٣، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٢٧، المبدع ٤/٢٠٨، شرائع الإسلام ٢/٦٢، شرح النيل ٩/٩٣ وجاء في قولٍ عند الإباضية: من أقرض لرجل شيئا معلوما، فضَرَبَ له أجلاً يُوفّيه فيه مالَه، فإن ذلك القرض لا يجوز ولا يحلّ، سبيله الربا لأنه جرّ منفعةً فهو حرام شرح النيل ٩/٩٢-٩٣.

(٣) شرح منتهى الإرادات ٢/٢٢٥، مطالب أولي النهى ٣/٢٤١، حاشية ابن قندس على الفروع ٦/٣٥٠ وقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (م/٧٤٦): "لا يصحُ اشتراط المقرض ردَّ مالِ القرض بعينه".

٧- نصَّ الحنابلةُ على أنه إذا اشتُرِطَ في عقد القرض قرضٌ آخر من المقرض للمقترض أو من المقرض للمقرض، فالشرطُ فاسدٌ، والعقدُ صحيح، لأنَّ عقد القرض لا يفسُدُ بفساد الشرط(١).

د. نزيه حماد

* * *

(١) الشرح الكبير على المقنع ٣٤٥/١٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٦

نص الضابط: الأَصْلُ رَدُّ مِثْلِ مَا اقْتُرِضَ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- مقتضى القرض ردُّ المثل[(٢)].

٢- القرضُ موجَبُه ردُّ المثل[(٣)].

٣- الواجبُ في القرض ردّ مثل المقبوض[(٤)].

٤- القرض مبني على رد المثل[(٥)].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل أن الديونَ تُقْضَى بأمثالها[(٦)]. (أعم).

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٤٣/٢.

(٢) البيان للعمراني ٤٦٤/٥، المهذب ٣١١/١ وبلفظ آخر: "القرض يقتضي ردّ المثل" الشرح الكبير لابن قدامة ٣٤٥/١٢.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية ٨٣/٣٠، وبلفظ آخر: "موجب القرض رد المثل" إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢٩٤/٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٥/٧ وبألفاظ أخر: "الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض" بدائع الصنائع ٢٤٢/٥ "الواجب في القرض رد المثل" نهاية المحتاج للرملي ٣٩٠/٤.

(٥) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥٧٦/٨.

(٦) المبسوط للسرخسي ٢١٠/٢.

٢- من عرض عليه حقه لزمه قبوله[١]. (عموم وجهي).

٣- ما لا مثل له يضمن بالقيمة[٢]. (عموم وجهي).

٤- القرض في المجهول لا يصح[٣]. (تكامل).

٥- من استقرض شيئًا فقد ملكه[٤]. (تكامل).

٦- كل قرض شرط فيه أن يزيد فهو حرام[٥]. (أخص).

٧- ما جاز السلم فيه جاز قرضه، وما لا فلا[٦]. (أخص).

شرح الضابط :

المال ينقسم باعتبار التماثل وعدمه إلى مثلي وقيمي، فالمال المثلي: هو ما له مثل أو نظير في السوق ولا تتفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به، وهو يشمل باعتبار وحدة القياس في العرف: المكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات[٧]، والمال القيمي: هو ما اختلفت آحاده، وتفاوتَتْ أفراده، بحيث لا يقوم بعضُها مقام بعض دون فرق معتدٍّ به، أو كان من المثليات المتساوية الآحاد التي انعدم نظيرها في الأسواق، كالحيوانات بأنواعها،

---

(١) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٧٩.

(٢) المغني لابن قدامة ٤/٢١٠، وانظر قاعدة: "الأصل في المتقومات القيمة"، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٣/٢١٣.

(٤) المحلى لابن حزم ٦/٣٥٠.

(٥) المغني ٤/٢١١، وانظر: الضابط: "كل قرض جر نفعا فهو حرام"، في قسم الضوابط الفقهية.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٥٧ وبألفاظ أخر: "إنما يجوز القرض فيما يجوز السلم فيه" أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٤١ "يجوز قرض كل ما يثبت في الذمة" المغني ٤/٢٠٧، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٧) المادة/١٤٥ من المجلة العدلية ص ٣٢، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ١١٢ المادة/١٩٣.

والدور، والجواهر، في العادة(١)، مع ملاحظة أن ما انقطع مثله من السوق أو تفاوتت آحاده من الأموال المثلية عدَّ قيميًا؛ لانتفاء المثلية فيه(٢).

وهذا الضابط بيان لما يجب على المقترض أن يرده للمقرض في عقد القرض، وهو يقرر باعتبار الأصل أنه يجب على المقترض عند حلول موعد الوفاء المتفق عليه في العقد أن يردَّ على المقرِضِ أو من ينوب عنه نيابة شرعية أو اتفاقية مثل المال الذي اقترضه جنسًا ونوعًا وصفةً وقدرًا، دون زيادة أو نقص أو تغيير باشتراط أو مواطأة.

ويجدر التنبيه إلى عدة أمور تتصل اتصالاً وثيقا بهذا الضابط، وهي:

١- معلوم أن القرض عقد بمقتضاه يملك المقترض موضوع القرض، فمن استقرض شيئًا فقد ملكه(٣)، ويترتب على ذلك أن المال المقترَض إذا كان موجودًا بعينه في يد المقترض لم يتصرف فيه بالنقل أو الاستهلاك، فلا يجبر على رده إلى المقرض؛ لأن الواجب عليه بمقتضى الضابط الذي بين أيدينا رد المثل، لكن يجوز للمقترض أن يرد عين الذي اقترضه ويجب على صاحبه قبوله؛ لأن رد العين من جهة المقترض أولى من رد المثل(٤).

(١) المجلة العدلية ص ٣٣ المادة/١٤٦، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ١١٢ المادة/ ١٩٤.

(٢) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي للزرقا ص١٣٠ وما بعدها، رد المحتار١٧١/٤، درر الحكام على مجلة الأحكام ١٠٥/١، الولايـــة على المال والتعامل بالدين لعلي حسب الله ص ٨٦، وانظر: مجلة الأحكام العدلية المادة/١١١٩، مرشد الحيران المادة/٣٩٩.

(٣) المحلى ٣٥٠/٦، وانظر: شرح الخرشي ٢٣٢/٥.

(٤) انظر: شرح الخرشي ٢٣٢/٥، أسنى المطالب ١٤١/٢، الإنصاف للمرداوي ١٢٦/٥، شرح النيل وشفاء العليل ٧٩/٩.

٢- المراد بالمثل الواجب رده بمقتضى عقد القرض عند أكثر الفقهاء هو مثل الشيء حقيقة عند وجوده، أو مثل الشيء صورة، وهو ما يعبَّر به عن قيمته، عند تعذر المثل، أو عندما يكون محل القرض شيئًا قيميًّا[١]؛ بناءً على قول من يرى صحة جريان القرض في كل ما يثبت في الذمة سلَمًا، قال السيوطي: «ما جاز السلَم فيه جاز قرضه وما لا فلا[٢]»، وهو قول جمهور الفقهاء[٣]، خلافًا لما هو مذكور لدى الحنفية من أن القرض لا يجري إلا في المكيلات والموزونات، ولا يقبل في ردها إلا عينها أو مثلها، إلاَّ في حالة الكساد فلا مناص من قبول القيمة باعتبار يوم الكساد أو الإعواز عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ووافقهم جمهور الفقهاء فيما يجري فيه القرض من الأموال سوى المكيلات والموزونات إذا تعذر رد مثلها[٤]، وقيل: باعتبار يوم القبض وبه قال أبو يوسف من الحنفية[٥].

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٢/١٤٣، نهاية المحتاج للرملي ٤/٣٩٠.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٧.

(٣) صرح المالكية بما يفيد: جواز القرض في كل ما يصح فيه السلم من عَرَض وحيوان ومثلي، إلا جارية تحل لمستقرض، وما لا يصح فيه السلم كدار وبستان وتراب معدن وجوهر نفيس لا يصح فيه القرض انظر: المدونة للإمام مالك ٣/٧٤، ١٧٩، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣/٢٢٢، بلغة السالك للصاوي ٣/٢٩٢ وصرح الشافعية والحنابلة بما يفيد: جواز القرض في كل ما يثبت في الذمة سلما سوى بني آدم، وأما ما لا يثبت في الذمة سلما ففيه قولان في مذهب الحنابلة ووجهان في مذهب الشافعية ما بين مجيز ومانع انظر: أسنى المطالب للأنصاري ٢/١٤١، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٧، المغني ٤/٢٠٧ وصرَّح الزيدية بما يفيد صحة القرض في المثلي، والقيمي المنقول الذي يمكن وزنه، وما لا فلا التاج المذهب ٢/٢٨٤ وصرح أهل الظاهر بأن القرض جائز في كل ما يحل تملكه وتمليكه بهبة أو غيرها، سواء جاز بيعه أو لم يجز انظر: المحلى ٦/٣٤٧ وصرح الإمامية بما يفيد أن كل ما يضبط وصفه وقدره وكل ما تتساوى أجزاؤه ويثبت في الذمة مثله نظرًا إلى العرف يصح إقراضه انظر: شرائع الإسلام ٢/٦٢.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٥/١٢٩ وفيه "لكن لو أعوز المثل فيها لزمه قيمته أي القرض يوم إعوازه".

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٢.

٣- لا يحل بمقتضى هذا الضابط رد غير مثل المال المقترض في الجنس أو النوع أو الصفة أو المقدار باتفاق بين المتعاقدين، أو بناءً على عادة جارية بين الناس؛ لأن المعروف كالمشروط[(١)]، ولكن يجوز ذلك على سبيل المكارمة والمسامحة وطيب النفس وإسداء المعروف إذا لم يكن على شرط منهما أو عادة[(٢)]؛ بدليل حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن رجلا أتى - النبي ﷺ - يتقاضاه، فأغلظ، فهَمَّ به أصحابه، فقال رسول الله ﷺ: «دعوه؛ فإن لصاحب الحق مقالا» ثم قال: «أعطوه سنا مثل سنه» قالوا: يا رسول الله إنَّا لا نَجِدُ إلا أمثل من سنه؟ فقال: «أعطوه؛ فإن من خيركم أحسنكم قضاء»[(٣)] هذا دليل على أن التطوع بالزيادة في قضاء الديون حسن مستحب، فالذي يعطي أكثر وأجود مما أخذ مأجور، والذي يقبل أفضل أو أدنى مما أعطى مأجور أيضًا[(٤)]، ولأن الإقراض جوِّز على خلاف القياس للإرفاق، فجاز فيه أخذ الناقص، ورد الزائد بلا شرط أو عادة؛ إذ لا يضيق فيه كالربا[(٥)].

٤- القرض إذا جرَّ نفعًا للمقرض باتفاق بين العاقدين أو لعادة جارية بين الناس لا يحل، نحو لو أقرض شخص شخصا قرضا، ثم استعمله عملاً لم يكن ليستعمله مثله قبل القرض، أو قبل منه هدية ما كان يقبلها منه قبل القرض، فهذا باطل لا يجوز؛ لما في ذلك من منافاة

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٥/١٤.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥٣/١٢، المنتقى للباجي ٩٧/٥، حاشيتا قليوبي وعميرة ٣٢٣/٢، المغني ٢١٢/٤، البحر الزخار ٣٩٥/٤، شرائع الإسلام ٦٢/٢.

(٣) رواه البخاري ١١٦/٣ (٢٣٩٠) وفي مواضع، ومسلم ١٢٢٥/٣ (١٦٠١)/(١٢٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٢٧٣/٥، المحلى ٣٤٨/٦.

(٥) انظر: أسنى المطالب ١٤١/٢.

مقتضى هذا الضابط القاضي بأن موجب القرض ومبناه على رد مثل ما اقترض، فالنفع فوق ذلك زيادة على المثل، فلا تجوز[(١)]، وبيان ذلك بالتفصيل يختص بضابط: كل قرض جر نفعًا فهو ربا.

٥- ما يشق التحرز عنه من الزيادة والنقص اليسيرين في رد مثل القرض يجري فيه العفو؛ لأن مثل الشيء لا يخلو من التفاوت زيادة أو نقصًا، فيتسامح في اليسير الذي يشق التحرز عنه عادة، ولا يتسامح فيما فوقه، فهو محرم بحكم الأصل[(٢)].

وهذا الضابط مع الاعتبارات والاختلافات المذكورة فإنه معمول بمقتضاه لدى الفقهاء، حاضر لديهم فيما أوردوه من تطبيقات تتعلق بكيفية الوفاء بالقروض.

أدلة الضابط :

١- قال الله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [النساء: ٢٩] فإذا ردَّ على المقرض غير ما أعطى بشرط أو عادة، فقد أخذ غير حقه، ومن أخذ غير حقه بلا مسامحة أو مكارمة من دون إذن شرعيٍّ، فقد أكل المال بالباطل[(٣)].

٢- القرض دين، والمقرر شرعًا أن «الديونَ تُقْضَى بأمثالها»[(٤)]، فكذلك القرض يقضى بمثله؛ لأنه أخص من الدين.

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٥٠، غمز عيون البصائر للحموي ٣/٩٨ وفيه: "كل قرض جر نفعا حرام".

(٢) انظر: المغني ٤/٢١١.

(٣) انظر: المحلى ٦/٣٤٨.

(٤) انظر: المبسوط ٢/٢١٠.

٣- أن القرض عقد إرفاق، فإذا اشتمل على شرط ينافي مقتضى المثلية في رد المال المقترض، فإن العقد بهذا يخرج عن موضوعه(١).

تطبيقات الضابط:

١- لا يجوز اقتراض مكيلات أو موزونات جزافًا، أي دون معرفة مقدارها؛ لأن القرض مبناه على رد المثل والمقترَضُ جزافًا يتعذر رده(٢).

٢- ما استقرضه شخص من الدراهم والدنانير عدًّا يرده عدًّا، وما استقرضه منها وزنًا يرده وزنًا؛ لأن الواجب في القرض رد المثل(٣).

٣- لا يصح قرض الحب المسوِّس والعسل المغشوش ونحوهما، لتعذر تحقق رد المثل(٤)؛ والمقرر في هذا الضابط أن القرض موجبه رد المثل.

٤- لا يجوز لشخص أن يقرض شخصًا دابة على سبيل الانتفاع بها، على أن يقرضه الآخر دابة يملكها لينتفع بها صاحب القرض الأول؛ لأن المنافع يتعذر فيها رد المثل، والقرض موجبه رد المثل(٥).

٥- ماء بين قوم لهم فيه نُوَبُ في أيام مسماة، فاحتاج بعضهم إلى أن يستسقي في غير نوبته، فاستقرض من نوبة غيره ليرد عليه بدله في يوم نوبته، فلا بأس، وإن كان ما يستحقه غير محدد فالقرض فيه ممتنع؛

---

(١) انظر: المغني ٤/٢١١.
(٢) انظر: المغني ٤/٢١٠.
(٣) انظر: المغني ٤/٢١٠.
(٤) انظر: البحر الزخار ٤/٣٩٤.
(٥) انظر: أسنى المطالب ٢/١٤١، الفروع لابن مفلح ٤/٢٠٢.

لأن الواجب في القرض رد المثل، وغير المحدد لا يمكن رد مثله[١].

٦- إذا اقترض شخص خمسة أرادب من القمح وشرط أن يرد على المقرض أربعة أرادب لا يجوز؛ لأن الواجب في القرض رد المثل[٢].

٧- لو اقترض شخصٌ شيئًا من المثليات، فرخصت أسعارها أو غَلَتْ، فيلزمه ردُّ مثلها، ولا عبرة برخصها وغلائها[٣].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: المغني ٤/٢١٠، أسنى المطالب ٢/١٤١.

(٢) انظر: المغني ٤/٢١٣.

(٣) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/١٧٢، ١٧٣، المغني ٦/٤٣١، ٤٣٢.

ضوابط باب الوقف

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٧

نص الضابط: مَبْنَى الوَقْفِ عَلَى مُرَاعَاةِ المَصْلَحَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- التصرف في الوقف إنما يكون بما فيه المصلحة[٢].

٢- الوقف لغير مصلحة عبثٌ[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- كل متصرف بولاية إذا قيل له «يفعل ما يشاء» فإنما هو لمصلحة شرعية[٤]. (أعم).

٢- الوقف مبني على التوسعة[٥]. (أعم).

شرح الضابط:

الوقف في اللغة له عدة معان، منها: الحَبْس، يقال: وقفت الدار وقفًا أي

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٤/٢٦٩، الذخيرة للقرافي ٦/٣٣٠، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/١٥٦.

(٢) غمز عيون البصائر للحموي ٤/٢٦٩.

(٣) الذخيرة للقرافي ٦/٣٣٠.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٧/٥٧.

(٥) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٧٢.

حبستها في سبيل الله ومنها: المنع، يقال: وقفت الرجل عن الشيء وقفًا أي منعته عنه ومنها: السكون، يقال: وقفَتِ الدابة تقف وقفًا ووقوفًا أي سكنت ويطلق الوقف أيضًا على الشيء الموقوف، تسميةً بالمصدر، وجمعه أوقاف، كثوب وأثواب[1].

والوقف اصطلاحًا: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود[2].

ويعتبر هذا الضابط بمثابة الوريد الذي يغذي جسم الوقف بما هو نافع من المصالح، ويطرد عنه ما هو ضار من المفاسد.

ذلك أن رعاية المصالح في الوقف أمر لا محيد عنه؛ لأن مصالحه داخلة ضمن المصالح العامة للشريعة، والشريعة الإسلامية إنما جاءت لتحقيق مصالح العباد في دينهم ودنياهم، حيث بنيت على قاعدة عظيمة هي «جلب المصالح للناس ودرء المفاسد عنهم» باعتبار أن الشريعة معللة بمصالح العباد، وهو قول الجمهور.

والوقف من عقود التبرعات التي تساعد على تحقيق التكافل الاجتماعي، وتزيد تنمية الاقتصاد الإسلامي؛ لذلك كانت رعاية المصلحة فيه راجحة، توسيعا لدائرة المقاصد.

والفقهاء وإن اتفقوا على مبدأ مراعاة المصلحة في الوقف، إلا أنهم اختلفوا في مجال تلك المصلحة المراعاة على ثلاثة اتجاهات:

١- أن المصلحة في الوقف فوق شروط الواقف وعباراته، فمهما تعارضت المصلحة مع غرض أو شرط الواقف، فالمعتبر هو المصلحة.

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور، المصباح المنير للفيومي مادة (وقف).

(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣٧٦/٢.

٢- المصلحة معتبرة ما لم تتعارض مع شرط الواقف، فإن تعارضت معه، فالمعتبر هو شرط الواقف؛ لأن شرط الواقف بمثابة نص الشارع.

٣- المصلحة في الوقف مقدمة على شرط الواقف ما لم تؤدّ إلى تغيير الوقف أو تبديل عينه، فإن أدّت إلى شيء من ذلك ألغيت المصلحة.

ومما يؤيد هذا الرأي الأخير قول بعضهم «لا يجوز تغيير شيء من عين الوقف ولو لأرفع منها، فإن شرَط الواقفُ العملَ بالمصلحة اتبع شرطه وقال السبكي: يجوز تغيير الوقف بشروط ثلاثة:

١- أن لا يغير مسماه.

٢- أن يكون مصلحة له كزيادة ريعه.

٣- أن لا تُزالَ عينُه، فلا يضر نقلها من جانب إلى آخر»[1].

وخلاصة تلك الآراء أن المصلحة في الوقف إما أن تتفق مع شرط الواقف بدون تغيير صورة الوقف وإما أن تخالف شرطه.

فمن راعى شرط الواقف وبقاء صورة الوقف، منع أي مصلحة تتعارض مع ذلك.

ومن راعى الموافقة بين المصلحة وشرط الواقف وبقاء صورة الوقف، قال بالخروج عن حرفية الشرط وصورة الوقف، فأجاز تغيير الصورة بالشروط المتقدمة ولو شرط الواقف بقاءها في الوقف ومن راعى المصلحة في الوقف ولو أدت إلى إلغاء الشرط وتغيير الصورة، قال بتغيير وتبديل الوقف إذا أدى ذلك

---

(١) قليوبي وعميرة ٣/١٠٩.

إلى مصلحة متحققة؛ حملا لكلام وتصرفات العقلاء على الصالح والأصلح.

فحملوا شروط الواقفين وعباراتهم على المقاصد والغايات، فما وافقها من الشروط والعبارات اعتبر وما خالفها ألغي.

والظاهر أن اعتماد هذا الرأي الأخير هو الأنسب في هذه الأزمنة الأخيرة؛ لكونه يحقق طرُقا استثمارية أكثر مما كان يعول عليه الواقف، خصوصا إذا رافقته دراسات وآراء الاقتصاديين.

أدلة الضابط :

١- يستدل للضابط بفعل أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ حيث أبدل مسجد الكوفة القديم بمسجد آخر، وصار المسجد الأول سوقا للتمَّارِين[١] فما فعله رضي الله عنه دليل على أن مبنى الوقف على مراعاة المصلحة، إذ لو لم يراع المصلحة في ذلك لترك المسجد كما هو.

٢- ويستدل له كذلك بالنظر؛ وهو أن «كل تصرف قاصر عن تحصيل المصلحة لا يشرع، ويبطل إن وقع»[٢]، فكانت المصلحة مراعاة في الوقف لذلك.

تطبيقات الضابط :

١- إذا وقف الملوك أو الأمراء أو الرؤساء وقفا على جهة، وهم متمكنون من تمليكها لتلك الجهة شرعا، جاز الوقف، كالرّبَطِ والمدارس.

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٥٦/٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٦٧/٤- ٣٦٨.

(٢) عُدَّةُ البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق للونشريسي ص ٢٣٤.

ولكن إذا وقفوا على مدرسة أكثر مما تحتاج من النفقات، بطل الوقف فيما زاد على الحاجة فقط؛ لأنهم معزولون عن التصرف إلا على وجه المصلحة، والزائد لا مصلحة فيه، ومبنى الوقف على مراعاة المصلحة[1].

٢- على الناظر في الوقوف أن يؤجرها لمن شاء من طويل المدة وقصيرها، بما يراه من الأجرة المعجلة أو المؤجلة، ـ أجرة المثل فما فوقها ـ ولا يتعجل أجرة، ولا يدخل عقدا في عقد، إلا أن يجد لمخالفته في ذلك مصلحة ظاهرة، أو غبطة وافرة، ويستغل بالأجرة الاستغلال الشرعي، وما حصل من ريْع الوقف بدأ منه بعمارته ومرمَّته وإصلاحه، وما فيه بقاء عينه، ثم ما فضل بعد تصرفه يدفعه لمستحقيه[2] لأن مبنى الوقف على مراعاة المصلحة، وما يفعله الناظر مما سبق هو عين المصلحة.

٣- لو خرب الوقف، فأراد غير الواقف إعادته، فقد قال ابن شعبان: للواقف أو وارثه منعه قال ابن عبد السلام: لأن الحبس مملوك لمحبسه، وكل مملوك لشخص لا يجوز تصرف غيره فيه بغير إذنه بوجه وقال ابن عرفة: عندي على أصل المذهب في ذلك تفصيل؛ إن كان خراب الحبس لحادث نزل دفعة، كوابل مطرٍ أو شدة ريح أو صاعقة، فالأمر كما قالوه، وإن كان بتوالي عدم إصلاح ما ينزل به من هدم شيئا بعد شيء، أو من هو عليه يستغل ما بقي منه في أثناء توالي الهدم عليه، كحال بعض أهل وقتنا من أئمة المساجد، يأخذون غلته ويدعون بناءه حتى يتوالى عليه الخرابُ الْمُذْهِبُ كل المنفعة أو

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٣٣٧.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ١٠/٤٢٤.

جلَّها، فالواجب في هذا هو قبول إصلاح من تطوع بإصلاحه، ولا مقال بمنعه لمحبِّسه ولا لوارثه؛ لأن مُصْلِحَه قام بأداء حقٍّ عن ذي حقٍّ عليه لعجزه عن أدائه أو لدَدِه[١]، ومعلوم أن المتصرّف عن الغير شرطه أن يتصرف بالمصلحة على القول الأصح[٢] ومبنى الوقف على مراعاة المصلحة.

٤- تغيير صورة بناء الوقف من غير عدوان ينظر في ذلك إلى المصلحة، فإن كانت هذه الصورة أصلح للوقف وأهله، أُقِرَّت، وإن كان إعادتها إلى ما كانت عليه أصلح، أعيدت، وإن كان بناء ذلك على صورة ثالثة أصلح للوقف، بُنِيت، فيتبع في صورة البناء مصلحة الوقف، ويدار مع المصلحة حيث كانت[٣]؛ ولهذا فإنه يجوز عند الإمام أحمد ابن حنبل إبدال مسجد بمسجد آخر للمصلحة، كما يجوز عنده تغييره للمصلحة، فإذا خرب مكان المسجد جاز عنده أن ينقل المسجد إلى قرية أخرى، بل ويجوز عنده في أظهر الروايتين عنه أن يباع ذلك المسجد ويعمر بثمنه مسجد آخر في قرية أخرى، إذا لم يحتج إليه في القرية الأولى، فاعتبر المصلحة بجنس المسجد وإن كان في قرية غير القرية الأولى، إذا كان جنس المساجد مشتركة بين المسلمين[٤] وهذا لأن مبنى الوقف على مراعاة المصلحة.

٥- يجوز للمتولي على وقفٍ مسجدٍ أو غيره البيعُ من الغلات للمصلحة حال العقد، وبيع ما خشي فساده، وبيع بعض الوقف لإصلاح

(١) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/٦٦٨- ٦٦٩.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٩.
(٣) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٢٨٢- ٢٨٣.
(٤) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/١٥٦، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٣٦٧- ٣٦٨.

بعضه، والشراء ونحوه من التصرفات لمصلحةٍ حال العقد[١] لأن مبنى الوقف على مراعاة المصلحة.

٦- يجوز لحاكم المسلمين من رئيس أو أمير أو ملك أن يحبس شيئا من مال المسلمين ـ ليصرف ريْعه على مصلحة من المصالح العامة ـ مدارس، مستشفيات، مقابر، ملاجئ ـ أو على مستحقيه من الفقراء والمساكين وغيرهم[٢]؛ لأن مبنى الوقف على مراعاة المصلحة.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: التاج المذهب للصنعاني ٣/٣٢٢، شرح النيل لأطفيش ٥/٨٨.

(٢) انظر: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق لعكرمة سعيد صبري ص ١٢٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٨

نص الضابط: وقفُ المعصيَّةِ لَا يَصِحُّ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الوقف على معصية باطل[٢].

٢- الوقف على جهة المعصيّة باطل[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- كل حبس لم ينعقد إلا على باطل فلم ينعقد أصلا[٤]. (أعم).

٢- لا يصح وقف ما لا يجوز بيعه[٥]. (أخص).

٣- وقف المحرَّم باطل[٦]. (أخص).

٤- الوقف لا يصح إلا على برّ[٧]. (بيان).

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٨١، وانظر: الذخيرة للقرافي ٦/٣٣٩.

(٢) انظر: شرح المنهاج للجلال المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/١٠١ ولفظ المحلِّي "وإن وقف على جهة معصية كعمارة كنائس فباطل"، إعانة الطالبين للبكري ٣/٢٨٤ بلفظ "يبطل الوقف على جهة معصية".

(٣) كشف الحانق لعبد الكريم ٢/٣٢٤.

(٤) المحلى لابن حزم ٨/١٦١.

(٥) الإنصاف للمرداوي ٧/٩.

(٦) أسنى المطالب ١/٣٨١.

(٧) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٤٥.

شرح الضابط :

هذا الضابط مبين للأحكام المتعلقة بركني الموقوف والموقوف عليه معا.

ذلك أن الأصل في مشروعية الوقف أن يكون صدقة جارية مستمرة، يتقرب بها المسلم إلى خالقه الغني المنان، لتنفق في جهات البر والإحسان.

وهذا يستدعي مراعاة شرطين متلازمين:

١- صلاحية عين الوقف ـ الصدقة الجارية ـ للتصدق بها حتى لا تكون نجسة أو محرمة شرعا.

٢- صلاحية الجهة الموقوف عليها لتقبل الوقف حتى لا تكون مصادمة ولا مناقضة للمقصد الشرعي من الوقف.

فحيث لم يتحقق الشرطان أصبح العمل بمقتضى الوقف أقرب إلى المفسدة منه إلى المصلحة، والوقف مبنى على مراعاة المصلحة(١).

أدلة الضابط :

١ـ قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ﴾ [النحل: ٩٠].

وجه الاستدلال من الآية: يؤخذ من عموم هذه الآية حرمة الوقف الذي يتضمن معصية، باعتبار المعصية من المنكر والبغي المنهي عنهما، وحقيقة المنكر: ما أنكره الشرع بالنهي عنه، وهو يعم جميع المعاصي والرذائل والدناءات على اختلاف أنواعها.

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢٦٩/٤، الذخيرة للقرافي ٣٣٠/٦، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٥٦/٤.

أما البغي: فهو الكبر والظلم والحقد والتعدي؛ وحقيقته تجاوز الحد، وهو داخل تحت المنكر، لكنه تعالى خصه بالذكر اهتماما به لشدة ضرره[(١)].

٢- ولأن الوقف إنما شرع للتقرب والدوام، والقربة والمعصية متضادان[(٢)] فلم يجز وقف المعصية لذلك.

تطبيقات الضابط :

١- لا يجوز وقف التماثيل وآلات القمار واللهو، ولا الدار أو الفندق أو الشقة أو الدكان أو المؤسسة لبيع الخمور والقمار والفواحش، ولا وقف الدواب والسيارات وغيرها لحمل الخمر والخنزير؛ لأن الوقف على جهة المعصية باطل[(٣)].

٢- الوقف على الحربي باطل؛ لأن ذلك إعانة له على حربه[(٤)] ومثله المرتد[(٥)] لأن في ذلك معصية، والوقف على جهة المعصية باطل.

٣- لا يصح الوقف على بناء مسجد على القبر؛ لقول ابن عباس رضي الله عنه: «لعن رسول الله ﷺ زائرات القبور والمتخذين عليها المساجد والسرج»[(٦)] فكان البناء عليها معصية، والوقف على جهة المعصية باطل[(٧)].

٤- وقف السلاح على جهة تُقاتل المسلمين، ووقف كُتُب التوراة أو

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٠/١٦٧.

(٢) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٢/٣٨٤، ٣/٥٣٠، شرح المنهاج للجلال المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/١٠١.

(٣) انظر: تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٥/٧٨.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٨٢، الإنصاف للمرداوي ٧/١٦.

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي ٧/١٦.

(٦) رواه أحمد٣/٤٧١ (٢٠٢٩) وفي مواضع، وأبو داود٣/٢١٨ (٣٢٣٦)، والترمذي٢/١٣٦ (٣٢٠)، والنسائي ٤/٩٤ (٢٠٤٣) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٧) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٨٦.

الإنجيل للقراءة فيها والتعبد بما فيها، والوقف على الكنائس والبِيَع وبيوت النار بإنشائها أو ترميمها للاجتماع إليها للعبادات المحرمة والكفر، كل ذلك لا يصح ولو كان الوقف من ذمي؛ لأنه إعانة على معصية، والوقف على جهة المعصية باطل(١).

٥- الوقف على شَرَبَةِ الخمر وأَكَلَةِ الحشيش وأهل السفه باطل مردود؛ لأنه معصية، والوقف على جهة المعصية باطل، فيبطل الوقف في هذه المسائل ويصير مالا من أموال الواقف يملكه ويرثه(٢).

٦- يدخل في وقف المعصية، وقف الكافر على الكنيسة سواء كان على العُبَّاد فيها أو على مرمَّتها؛ على القول بأن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة، فكان وقفهم على كنائسهم باطلا(٣).

٧- لو وقف على أولاد اليهود والنصارى بشرط أن من أسلم منهم خرج عن الوقف، ينبغي القطع بأنه لا يصح هذا الشرط؛ لأنه جهة معصية مقصودة(٤)، والوقف على جهة المعصية باطل.

٨- ومما يقاس على تلك الأمثلة المتقدمة: الوقف على دور الفساد من النوادي وغيرها، وكذلك على من له به صلة محرمة شرعا من الصديقات ونحو ذلك، فإنه يكون باطلا؛ لأنه معصية.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٣١٢، أسنى المطالب ٢/٤٦٠، شرح المنهاج للجلال المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/١٠١ الإنصاف للمرداوي ٧/١٥، إعانة الطالبين للبكري ٣/٢٨٤، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٥٣، الروضة البهية للجبعي ٣/١٧٩- ١٨٠، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٦٨، شرح النيل لأطفيش ١٢/٤٦٥.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه ٧/٨١- ٨٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي عليه ٧/٨١- ٨٢.

(٤) انظر: أسنى المطالب ٢/٤٦٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٢٩

نص الضابط: لا يصحُّ وَقْفُ مَا لَا يُمْلَكُ[١].

ومعه:

ما لا يقدر على تسليمه لا يصح وقفه[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- الوقف لا يصح إلا على بِرٍّ[٣]. (أعم).

٢- كل حبس لم ينعقد إلا على باطل لم ينعقد أصلا[٤]. (أعم).

٣- ما لا يقدر على تسليمه لا يصح وقفه[٥]. (أخص).

---

(١) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٣٧/٦ ونصه "وشرط الموقوف كونه عينا معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة تصح إجارتها فلا يصح وقف المنفعة وإن ملكها مؤبدا بالوصية وما لا يملك ككلب"، البحر الزخار لابن المرتضى ٣١٣/٦ ونصه "ولا تلحق الوصيةَ الإجازةُ بما لا يملك كالوقف"، شرائع الإسلام للحلي ١٦٧/٢ ونصه "لو وقف ما لا يملك لم يصح وقفه".

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٢٦/٥، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣٨٤/٣، الروضة البهية للجبعي ١٧٥/٣.

(٣) انظر: الفروع لابن مفلح ٥٨٦/٤.

(٤) المحلى لابن حزم ١٦١/٨.

(٥) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٢٦/٥، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣٨٤/٣، الروضة البهية للجبعي ١٧٥/٣.

٤- لا يصح وقف ما لا يجوز بيعه[(١)]. (أخص).

شرح الضابط :

هذا الضابط خاص بركن الموقوف، مبيِّن لحقيقته، جامع لأحكامه.

خلاصته : أن الوقف باعتباره تمليك منفعة العين مع بقاء ذاتها خارجة عن ملك الواقف وعن ملك الموقوفة عليه، حيث أصبحت ملكا لله تعالى بمجرد عقد الوقف من مالكها، لا يصح إلا في خالص الملك.

ذلك أن الإنسان لا يصح منه تصرف في شيء من عقود المعاوضة ولا التبرع إلا إذا كان مالكا لذلك الشيء ملكا تاما؛ إذ الإنسان لا يتصرف إلا في خالص ملكه[(٢)] شريطة أن لا يسري تصرفه إلى ملك غيره[(٣)].

وبناء على ذلك، فإن الوقف يعتبر عقدا من عقود التبرع التي لا تصح إلا في خالص الملك بشرط أن يكون المملوك معتبرا تملكه شرعا، لأنه يسلك فيه مسلك المثمن في البيع صحة وفسادا، حيث «لا يصح وقف ما لا يجوز بيعه»[(٤)].

أدلة الضابط :

لأن الوقف تمليك محض[(٥)]، ومن شرط الموقوف أن يكون مملوكا للواقف[(٦)].

(١) الإنصاف للمرداوي ٩/٧.
(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٢١/١٥.
(٣) انظر: المنتقى للباجي ٢٥٨/٦.
(٤) الإنصاف للمرداوي ٩/٧.
(٥) انظر: شرح النيل لأطفيش ٤٥٤/١٢.
(٦) حاشية الجمل ٥٧٨/٣.

تطبيقات الضابط :

التطبيقات التي هي أحكام جزئية :

١- لو اكترى شخص دارا أو شقة من عمارة أو من فندق أو اكترى دابة أو سيارة أو باخرة، لم يصح منه وقفٌ في شيء من ذلك؛ لأنه لا يملك العين الموقوفة[١] والأصل بطلان وقف ما لا يملك.

٢- الموصَى له بالمنفعة دون الأصل لا يصح منه وقف الأصل؛ لأنه لا يملكه[٢] والأصل بطلان وقف ما لا يملك.

٣- لو غرس شخص شجرا أو بنى بيتا في أرض استأجرها أو استعارها بعد انقضاء مدة الإجارة أو رجوع المعير في العارية، ثم أراد وقف ذلك، لم يصح الوقف؛ لأن الوقف حينئذ غير موضوع بحق؛ لعدم الملك[٣] والأصل بطلان وقف ما لا يملك.

٤- لا يصح الوقف من غير مالكٍ ولو أجازه المالك في مذهب الزيدية؛ معللين ذلك بأن الوقف إنشاء، فلا تلحقه الإجازة[٤].

٥- لا يصح وقف ما منافعه مستحقة للغير على سبيل الدوام، أو كان استحقاقها متقدما على الوقف.

مثال الأول: لو كانت منافع دار أو نحوها موصى بها للفقراء، فلا يصح وقف تلك الدار؛ لأن منافعها مستحقة للغير وهم الفقراء على سبيل الدوام؛ لعدم انقراضهم؛ لكونهم غير معينين.

---

(١) انظر: منهج الطالب مع حاشية الجمل ٣/٥٧٨.
(٢) انظر: منهج الطالب مع حاشية الجمل ٣/٥٧٨.
(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٢٦.
(٤) انظر: التاج المذهب للعنسي ٣/٢٨٢.

ومثال الثاني: أن يوصي بالدار لشخص ويستثني منافعها، فإنه لا يصح من الموصى له بالرقبة أن يقف الدار؛ لأن المانع هو تَقَدُّمُ استحقاق منافعها للغير على الوقف[1] فلم يملك الموصى له بالدار المنافع، والأصل بطلان وقف ما لا يملك.

٦- لا يصح وقف الكلاب ولو معلَّمة عند كل من الشافعية والزيدية؛ لأنها لا تملك عندهم[2] والأصل بطلان وقف ما لا يملك.

٧- لا يجوز وقف ما في الذمة عند الشافعية، سواء في ذلك ذمته أو ذمة غيره، كأن يكون لشخص في ذمة غيره ثوبٌ بعقد سَلَمٍ أو دين أو غير ذلك، فلا يصح وقفه؛ إذ الثوب لا يملكه الواقف في الحال[3] والأصل بطلان وقف ما لا يملك.

التطبيقات التي هي ضوابط:

١٤٣٠- نص الضابط: ما لا يُقدَرُ على تَسْليمِهِ لا يصحُّ وقْفُهُ[4].

شرح الضابط:

هذا الضابط داخل في قاعدة كلية في العقود، وهي «كل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد»[5].

والمقصود بالشيء الذي لا يقدر على تسليمه هو الشيء الذي يتعذر

---

(١) انظر: التاج المذهب للعنسي ٣/٢٨٤.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٢٦، التاج المذهب للصنعاني ٣/٢٨٣.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٢٥.

(٤) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٢٦، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٣٨٤، الروضة البهية للجبعي ٣/١٧٥.

(٥) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٢٦.

القبض عليه غالبًا؛ لأنه خارج عن اليد ولو كان مملوكا بالفعل، فينزل تعذر القبض عليه منزلة فاقد الملكية له بجامع تعذر الانتفاع به، ومن قواعد العقود الثابتة بالاستقراء أيضًا أن «كل عقد لا يتحقق المقصود منه فإنه باطل».

وقد وقع خلاف هنا بين الفقهاء في وقف ما لا يقدر على تسليمه، فأجازه الحنابلة[١] وأبطله كل من الحنفية والشافعية والإمامية[٢].

من تطبيقات هذا الضابط :

١- لا يصح وقف الحمل استقلالا عند الشافعية، ويجوز تبعا لأمه؛ والسبب في عدم الصحة هو أن الواقف لا يملك الحمل الموجود وقت الوقف[٣]لأنه لا يقدر على تسليمه للجهة الموقوف عليها.

٢- لا يصح وقف الطير في الهواء ولا السمك في الماء ولا البعير الشارد؛ إذ لا يمكن قبض شيء من ذلك عادة[٤] وما لا يقدر على تسليمه لا يصح وقفه.

٣- لا يصح وقف الشيء المغصوب ممن لا يقدر على انتزاعه من الغاصب؛ لأنه في حكم غير مملوك[٥] حيث لا يستطيع تسليمه للموقوف عليه، وما لا يقدر على تسليمه لا يصح وقفه.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٠/٧.

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ١٢٦/٥، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣٨٤/٣، الروضة البهية للجبعي ١٧٥/٣.

(٣) انظر: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣٨٤/٣.

(٤) انظر: الروضة البهية للجبعي ١٧٥/٣.

(٥) انظر: الروضة البهية للجبعي ١٧٥/٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣١

نص الضابط: وَقْفُ مَا لاَ يُنْتَفَعُ بِهِ لاَ يَصِحُّ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- وقف ما لا ينتفع به لا يجوز[٢].

شرح الضابط:

الضابط محل اتفاق بين الفقهاء، كما أنه خاص بركن الموقوف، فهو جامع لبعض الأحكام المتعلقة بذات الشيء الموقوف.

وتوضيح ذلك أن الموقوف لا يكون إلا عينا، والأعيان على نوعين:

أ- ما لا منفعة فيه أصلا فلا يصح العقد به.

ب- ما له منفعة، وهو على ثلاثة أقسام:

الأول: ما كان جميع منافعه محرّمة، وهو كالذي لا منفعة فيه، فلا يصح تملّكه إن كان مما نهى الشارع عنه كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

---

(١) الذخيرة للقرافي ٦/٣١٥.

(٢) مجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣١/٢٣٧.

الثاني : ما كان جميع منافعه محللة، فيجوز تملكه إجماعا كالثوب، والعقار، وشبه ذلك من كل ما يصح تملكه.

الثالث : ما فيه منافع محللة، ومنافع محرمة، وهذا إن كان جلُّ المنافعِ والمقصودِ منها محرما، والمحلل منها تبعا، فهو ملحق بالقسم الأول، ويمكن تمثيل ذلك بالزيت النجس فإن جل منافعه كالأكل والأدهان وعمله صابونا والإيقاد في كل موضع ممنوع منه على المشهور، فهو في حكم التبع، فيلحق بالقسم الأول الذي لا منفعة فيه أصلا، لكنّ ذلك عدم المنفعة فيه تحقيقا، وفي هذا تقديرا وتجويزا.

وإن كان جل المنافعِ، والمقصودِ منها محللا، والمحرم تبع، فواضح إلحاقه بالثاني من كل ما يصح تملكه ويمكن تمثيله بالزبيب، ونحوه مما يمكن أن يعمل منه الخمر[1].

وخلاصة الضابط: أن الوقف لا يصح ولا يجوز ما لم يكن الشيء الموقوف منتفعا به انتفاعا شرعيا عاجلا أو آجلا[2].

أدلة الضابط :

١- لأن وقف ما لا منفعة فيه مناف لمقتضى عقد الوقف «حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة»[3] وقاعدة العقود هي «أن كل تصرف كان في العقود لا

---

(١) مواهب الجليل للحطاب ٢٦٣/٤.

(٢) انظر: حاشية ابن الشاط على أنوار البروق للقرافي ٢٣٨/٣.

(٣) هذا من قول النبي ﷺ لعمر بن الخطاب رضي الله عنه، وقد رواه بهذا اللفظ أحمد ١٦٦/١٠ (٥٩٤٧)، والنسائي ٢٣٠/٦ (٣٥٩٧)، وابن ماجه ٨٠١/٢ (٢٣٩٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما، ورواه البخاري ١٩٨/٣ (٢٧٣٧) وفي مواضع، ومسلم ١٢٥٥/٣ (١٦٣٢) بلفظ "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها".

يحصِّل مقصودَه لا يشرع، ويبطل إن وقع»[١].

٢- ولأن أصل الوقف مبني على سد خلة حاجة الموقوف عليه[٢] وما لا منفعة فيه لا يحصِّل تسبيل المنفعة[٣].

تطبيقات الضابط:

١- لا يجوز وقف الدار المستأجَرة؛ لاستحقاق منافعها للإجارة، فمن وقفها فكأنما وقف ما لا ينتفع به، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح[٤]، لكن إذا كان الموقوف عليه سيستفيد أجرةَ كرائِها كجعلها وقفا على مسجد أو مؤسسة علمية فإن ذلك يصح؛ لأنها تكون حينئذ منتفعا بريعها، فيزول معنى عدم الانتفاع المانع من صحة الوقف.

٢- لا يجوز وقف نجس العين كالخمر والخنزير والكلب غير المعلم والميتة ونحو ذلك؛ لعدم حصول المنفعة الشرعية في ذلك[٥] والدليل على منع بيع النجس نهيه تعالى عن أكل المال بالباطل؛ لأنه لا تحصل به منفعة للمسلم أصلا أو حكما، ودليله من السنة حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام»، فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنها تطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها فقال: «لا، هو حرام» ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قاتل الله اليهود إن

---

(١) حاشية ابن الشاط على أنوار البروق للقرافي ٣/٢٣٨، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٦.

(٢) الذخيرة للقرافي ٦/٣١٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٥/٣٧٤.

(٤) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/٢٠.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٧٤، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٤٤.

الله لما حرم عليهم شحومها جملوه، ثم باعوه فأكلوا ثمنه»[١][٢].

٣- لا يجوز وقف سراج فيه خلل يمنع من الاستضاءة به ويتعذر إصلاحه؛ إذ لا نفع فيه؛ ووقف ما لا ينتفع به لا يصح[٣].

٤- لا يجوز وقف ما لا يقدر على تسليمه؛ لأن منفعته متعذرة فصار كأنه لا نفع فيه، وذلك كالبعير الشارد والسمك في الماء والطير في الهواء والمغصوب وغير ذلك مما ليس مقدورا على تسليمه[٤] ووقف ما ينتفع به باطل.

٥- لا يجوز وقف سباع البهائم التي لا تصلح للصيد، وكذلك جوارح الطير التي لا يصطاد بها؛ لأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وما لا منفعة فيه لا يحصل فيه تسبيل المنفعة[٥].

٦- الوقف سواء كان مسجدا أم غيره إذا خرِب ولم يمكن عمارته بأن لم يكن له شيء يعمَّر منه، ولا أمكن إجارته ولا تعميره، فإنه حينئذ يصح بيعه بأمر الحاكم، ويشترى بثمنه وقف مكانه، فإذا لم يمكن بيعه بشيء ولو كان قليلا فإنه يُردُّ إلى الواقف إن كان حيا أو إلى ورثته إن وجدوا ولا يصرف للفقراء[٦]، وسبب ردِّه هو انعدام منفعته كليا، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح.

٧- ينبني على قياس بطلان الوقف بانعدام منفعته، من وقف شيئا من ماله

(١) رواه البخاري ٣/٨٤ (٢٢٣٦)، ومسلم ٣/١٢٠٧ (١٥٨١).
(٢) حاشية ابن الشاط على أنوار البروق للقرافي ٣/٢٣٨.
(٣) شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٣٨٧.
(٤) انظر: الروضة البهية للجبعي ٣/١٧٥.
(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٧٤.
(٦) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤/٣٧٦.

يتعذر على الموقوف عليهم الوصول إليه والانتفاع به، كأن تكون العين في دار حرب، أو في صحراء نائية غير مأهولة أو غير ذلك، فإن الوقف هنا لا يصح لعدم القدرة على الانتفاع بالعين الموقوفة، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح.

الحسين أحمد درويش

* * *

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٢

نص الضابط: كلُّ عينٍ يَصِحُّ الانتفاعُ بها مع بقاءِ عَيْنِها، صَحَّ وَقْفُها[١]، وما لا فلا[٢].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل عين يُنتفع بها على الدوام، يجوز وقفها[٣].

٢- كل ما يصح الانتفاع به منفعةً مُحلّلةً مع بقاء عينه، يصح وقفه[٤].

٣- وقفُ ما لا ينتفع به إلا بالإتلاف غير جائز[٥].

٤- لا يصح وقف ما لا ينتفع به إلا مع ذهاب عينه[٦].

٥- لا يصح وَقْف ما لا يُنتفع به مع بقائه دائما[٧].

---

(١) الذخيرة للقرافي ٦/٣١٣.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٧٣ وأصل العبارة "ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه لا يصح وقفه".

(٣) انظر: المهذب للشيرازي ١/٤٤٠.

(٤) شرائع الإسلام للحلّي ٢/١٦٧.

(٥) فتح القدير لابن الهمام ٦/٢١٨.

(٦) الروضة البهية للعاملي ٣/١٧٥.

(٧) كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٤٤، وانظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٥٠، التاج المذهب للصنعاني ٣/٢٨٣، الروضة البهية ٣/١٧٥، شرح النيل لأطفيش ٢/١٦٧.

٦- كل ما يصح الانتفاع به منفعة محللة مع بقاء عينه يجوز وقفه[١].

صيغ ذات علاقة :

ما صح بيعه من ذوات المنافع الباقية، صح وقفه[٢]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط :

يتعلق موضوع هذا الضابط ببيان شروط أحد أركان الوقف، وهو: الشيء الموقوف.

ومفاد الضابط: أنه يشترط لصحة الوقف أن يكون الشيء الموقوف عينا مملوكة يُنتفع بها في الحال أو في المآل على وجه مباح، مع بقاء أصل العين، فما لا يمكن الانتفاع به رأسًا، أو أمكن لكن على وجه محظور كوقف آلات الملاهي، أو أمكن على وجهٍ يحلّ لكن مع إتلاف عينه كالطعام ونحوه، لم يصح وقفه[٣] وهذا الشرط الأخير هو محل الضابط، كما أنه محل اتفاق بين أصحاب المذاهب الثمانية[٤].

ثم القدر المتفق عليه أيضًا إجمالا بين أصحاب المذاهب الثمانية في وقف العين: أنها تشمل الأعيان الثابتة كالعقار ونحوه، وكذلك الأعيان المنقولة

---

(١) شرائع الإسلام للحلي ١٦٧/٢.

(٢) الحاوي للماوردي ٥١٩/٧.

(٣) انظر: مغنـي المحتاج للشربيني ٣٧٧/٢، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٣/٤، منار السبيل لابن ضويان ٧/٢، التاج المذهب ٢٨٣/٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٠/٦، فتح القدير لابن الهمام ٢١٧/٦، شرح الخرشي على خليل ٧٩/٧، الشرح الصغير للدردير ٩٧/٤-٩٨، ١٠١/٤، روضة الطالبين للنووي ٣١٤/٥، مغني المحتاج ٣٧٧/٢، المبدع لابن مفلح ٣١٥/٥، كشاف القناع ٢٤٣/٤، المحلى ١٥١/٨، شرح النيل لأطفيش ٤٥٣/١٢، التاج المذهب للعنسي ٢٨١/٣، شرائع الإسلام ١٦٦/٢-١٦٧.

كالثياب والكتب ونحوها[١] وذهب المالكية إلى القول بجواز وقف المنفعة أيضًا وحدها دون العين وفيما يلي شيء من توضيح ذلك:

أولاً: وقف العقار.

اتفق الفقهاء على أنه يجوز وقف العقار من أرض ودور وآبار وقناطر[٢].

أما ما يتبع العقار، ففي دخوله في حكم الوقف تبعا للعقار الموقوف أو عدم دخوله، تفصيل يتلخص على النحو الآتي:

أ - **وقف الأرض**: يدخل في وقف الأرض ما فيها من بناء وشجر دون الزرع والثمرة عند الجمهور[٣].

ب - **وقف الدار**: يدخل فيها الأرض والبناء والفناء والأشياء الثابتة المتصلة بها[٤]، وكذلك يدخل فيها الشجر المغروس عند الشافعية والحنابلة[٥].

ج - **وقف الشجر**: يدخل فيه الأرض التي فيها الشجر عند المالكية خلافا للشافعية[٦].

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني ٣/١٥، شرح الخرشي ٧/٧٩، مغني المحتاج ٢/٣٧٧، كشاف القناع ٤/٢٤٣، المحلى ٨/١٤٩، شرح التجريد في فقه الزيدية للهاروني٤/٣٧٢، شرح النيل١٢/٤٥٤، شرائع الإسلام ٢/١٦٧.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٣٢٧، الهداية ٣/١٥، شرح الخرشي ٧/٧٩، منح الجليل لعليش ٨/١٠٩، مغني المحتاج ٢/٣٧٧، روضة الطالبين ٥/٣١٤، المبدع ٥/٣١٥، كشاف القناع ٤/٢٤٣، المحلى ٨/١٤٩، شرح التجريد في فقه الزيدية ٤/٣٧٢، شرح النيل ١٢/٤٥٤، شرائع الإسلام ٢/١٦٧.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٣٦١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣/١٧٠-١٧١، مغني المحتاج ٢/٨٠-٨١، منار السبيل ١/٣١٤-٣١٥، وفي المحلى ٨/١٤٩ "الوقف جائز في الأصول من الدور والأرضين بما فيها من الغراس والبناء إن كانت فيها".

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢/٨٤، شرح منتهى الإرادات ٢/٧٩-٨٠، المحلى ٨/١٤٩.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٢/٨٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٧٩-٨٠.

(٦) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٢٢٦-٢٢٧، مغني المحتاج ٢/٨٥-٨٦.

ثانيًا : وقف المنقول.

ذهب جمهور أصحاب المذاهب (الشافعية والحنابلة والمالكية والظاهرية والزيدية والإمامية) إلى جواز وقف المنقول من أثاث وحيوان وسلاح[١] أما عند الحنفية فيجوز وقف المنقول تبعا للعقار أما وقفه مقصودًا مستقلا ففيه تفصيل وخلاف عندهم[٢].

ثالثًا : وقف المنفعة.

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز وقف المنفعة، إذ إنهم يشترطون أن يكون الموقوف عينا يُنتفع بها مع بقاء عينها، كما أنهم يشترطون تأبيد الوقف[٣] وذهب المالكية إلى جواز وقف المنفعة، فمن استأجر دارا مدة معلومة فإنه يجوز له أن يقف منفعتها في تلك المدة، وينقضي الوقف بانقضائها؛ لأنه لا يشترط عندهم تأبيد الوقف[٤].

ومما يجدر التنبيه إليه هنا أن الفقهاء متفقون على أن بقاء عين الوقف شرط لصحته «حبِّسْ الأصل وسبِّلْ الثمرة»، لكنهم مختلفون في صفة البقاء.

فمن راعى الصورة دون المعنى، قال بعدم صحة وقف ما تذهب عينه وصورته عند الانتفاع به إلا إذا كان ذلك تبعا لا استقلالا، كما إذا وقف الأثمان تبعا، فمن وقف فرسا بسرج ولجام مفضضين، فإنه يصح الوقف؛ لأن الفضة

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣٧٧/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٧/٤، شرح منتهى الإرادات ٤٠٠/٢، المحلى ١٤٩/٨، شرح التجريد في فقه الزيدية ٣٧٢/٤، شرائع الإسلام ١٦٧/٢.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢١٧/٦، الدر المختار للحصكفي مع حاشية ابن عابدين ٣٦١/٤-٣٦٥ والفتاوى الهندية ٣٦٠/٢-٣٦١، وعند الإباضية أيضًا خلاف في وقف المنقول، ففي شرح النيل لأطفيش ٤٥٤/١٢ "وجاز وقف الأصل، وفي غيره خلافٌ".

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٣٦٢/٢، مغني المحتاج ٣٧٧/٢، الروض المربع للبهوتي ٤٥٥/٢.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٧٦/٤.

في السرج واللجام تبع لهما وللفرس، فيباع ما في السرج واللجام المفضضين من الفضة؛ لأن الفضة فيه لا ينتفع بها، ثم ينفق ما حصل من الثمن على الفرس الحبيس؛ لأنه من مصلحته[١].

ومن راعى المعنى دون الصورة، قال بصحة وقف بعض ما تذهب عينه عند الانتفاع به إذا كانت العين تتبدل بجنسها ونوعها كالدراهم والدنانير وما يقوم مقامها من العملات المتداولة باعتبارها رؤوسا للأثمان وقِيَما للمتلفات، وكالقمح والشعير الموقوفين للقرض والمضاربة، حيث يقوم بدل هذه الأشياء مقامها، فكأنها باقية العين[٢]، ومعلوم أن العبرة في العقود للمعاني لا للصورة.

واعتبارا لهذا الرأي الأخير يمكن حلُّ كثير من مسائل الأوقاف التي دخلت في مجال المؤسسات الكبيرة في الوقت الراهن مما يستدعي نموا اقتصاديا وانبساطا اجتماعيا يحدُّ من موجة الفقر.

أدلة الضابط :

١- حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر فأتى النبيَّ ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله إني أصبتُ أرضا بخيبر لم أُصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئتَ حبَّستَ أصلها وتصدَّقتَ بها» قال: فتصدَّقَ بها عمر أنه لا يباع ولا يوهَب ولا يورَث وتصدَّقَ بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا جناح على من وَلِـيَـها أن يأكل منها بالمعروف ويُطعم غير متموِّلٍ[٣].

---

(١) انظر: شرائع الإسلام ٢/١٦٧.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤/٣٦٣- ٣٦٤، حاشية العدوي ٢/٢٦٤.

(٣) رواه البخاري ٣/١٩٨ (٢٧٣٧) وفي مواضع، ومسلم ٣/١٢٥٥ (١٦٣٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما فقوله ﷺ: "تَصَدَّقْ بأصله" هو كناية عن الوقف، كما قاله ابن حجر في الفتح ١٢/١٧٣.

وجه الاستدلال بالحديث، كما قاله أبو إسحاق الشيرازي: «أنه لما أمر عمر رضي الله عنه بتحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى ويُنتفع به»(١).

٢- الوقف إنما ينتفع به مع بقاء عينه(٢) ولهذا لم يجز وقف الأشياء التي لا يمكن الانتفاع بها إلا مع استهلاكها، لأنها حينئذ تصير معدومة، «ولا يصح وقف المعدوم»(٣).

٣- الوقف تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة وما لا ينتفع به إلا بالإتلاف لا يصح فيه ذلك(٤).

٤- الوقف يراد للدوام ليكون صدقة جارية ولا يوجد ذلك فيما لا تبقى عينه(٥).

٥- إنما اشترط أن يكون الموقوف مما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه، لكونه لا توجد ماهية الوقف إلا فيما كان كذلك، لأن الوقف هو تحبيس الأصل وتسبيل فوائده(٦).

تطبيقات الضابط:

١- الوقف جائز في الأصول من الدور والأرضين بما فيها من الغراس

---

(١) المهذب ١/٤٤٠.

(٢) شرح الخرشي على خليل ٧/٨٠ وحاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٢/٣٤٣.

(٣) البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٥١.

(٤) المغني ٥/٣٧٣ وشرح المقنع ٦/١٩١.

(٥) كشاف القناع ٤/٢٤٣، وانظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٧٦، مغني المحتاج ٣/٤٣، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٢/٤٦٩.

(٦) السيل الجرار للشوكاني ٣/٣١٤.

والبناء(١)، فيصح وقفُ بناء وغراس في أرض مستأجرة لهما - وإن كان كل منهما معرَّضًا للقلع باختيار مالك الأرض بعد انقضاء مدة الإجارة - لأنه مملوك يمكن الانتفاع به في الجملة مع بقاء عينه، والوقف إنما تم على الحالة الراهنة(٢). وعلى هذا قالوا: لو قُلع البناء أو الغراس بعد انقضاء مدة الإجارة وبقي مع ذلك منتفَعًا به، فهو وقفٌ كما كان(٣).

٢- يجوز عند الجمهور - غير الحنفية - وقف الأشياء المنقولة التي يُنتفع بها مع بقاء أعيانها كالحيوانات والأثاث وأشباه ذلك(٤)، لأنه يحصل في كل ذلك تحبيسُ الأصل وتسبيل المنفعة، فصح وقفه(٥).

أما عند الحنفية فيجوز ذلك بزيادة قيد أن تكون الأشياء المنقولة مما جرى العرف بوقفها، مثل: سرير الجنازة وثياب الجنازة وما يحتاج إليه من الأواني والقدور في غسل الموتى(٦).

ويتخرج على هذا: ما جرت العادة الحسنة التي ابتدأها بعض أهل الخير في الوقت الحاضر من وقف سيارات الحافلات (الميكروباصات) لنقل الموتى إلى المقابر، فإنها صورة من صور وقف المنقولات، الجائزة باتفاق أهل العلم، سواء الحنفية أم

(١) المحلى ١٤٩/٨.
(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٣٦٢/٥-٣٦٣ ومغني المحتاج ٣٧٨/٢.
(٣) انظر: نهاية المحتاج ٣٦٢/٥-٣٦٣، مغني المحتاج ٣٧٨/٢، دليل المحتاج شرح المنهاج للشيخ رجب نوري ٤٠٩/٢.
(٤) سبق في الشرح بيان ذلك وعزوه للجمهور وانظر: المغني ٣٧٥/٥، المهذب ٤٤٠/١، الشرح الصغير للدردير ١٢/٤ والثمر الداني لصالح عبد السميع الآبي ص ٥٥٦، شرائع الإسلام للحلي ١٦٧/٢.
(٥) انظر: المغني ٣٧٥/٥.
(٦) انظر: فتح القدير ٢١٧/٦.

غيرهم، لأنها جائزة عند الحنفية بسبب جريان التعامل بها لدى الناس، وأما عند غيرهم فهي جائزة بدون هذا القيد كما سبق إيضاحه بناء على أصلهم في جواز وقف كل ما يُنتفع به على الدوام مع بقاء عينه سواء كان ثابتا أو منقولا.

٣- يصح وقف الحليّ من أجل اللبس والعارية، لإمكان الانتفاع به مع بقاء عينه(١).

٤- لا يصح تحبيس كل ما هو مطعوم كالخبز واللحم والفاكهة، أو مشروب كاللبن والعصير، وما أشبه ذلك مما لا تطول إقامته؛ لأن ذلك وإن كان مما يمكن الانتفاع به إلا أن الانتفاع به لا يحصل إلا مع إتلافه في وقت واحد، وبقاء عين الوقف شرط لصحته؛ لأن مقصود الوقف الدوام(٢).

٥- المشمومات كالريحان ـ وهو يطلق على كل نبت غَضٍّ طيب الريح

---

(١) انظر: الحاوي للماوردي ٥١٩/٧، المغني ٣٧٣/٥، شرح منتهى الإرادات ٤٠٠/٢.

(٢) انظر: حاشية العدوي ٢٦٤/٢، المغني لابن قدامة ٣٧٣/٥، التاج المذهب للصنعاني ٢٨٣/٣، الروضة البهية للعاملي ١٧٥/٣.

أما الطعام الذي تطول إقامته ولا يتسارع إليه الفساد غالبا كالقمح والشعير والأرز ونحوه من الحبوب المدخرة، فقد اختلف في وقفه على جهة الاقتراض والاستلاف للمساكين، كأن تؤخذ عينه سلفا ويرد بدله من جنسه ونوعه عند الأجل، والمعتمد عند المالكية صحة وجواز وقفه، حيث نزّلوا بدل ما انتفع به في القرض منزلة دوام العين.

انظر: حاشية العدوي ٢٦٤/٢.

وعلى القول بصحة وقف ما يكال وما يوزن من الأطعمة، فيجوز أن يباع الطعام ويدفع ثمنه مضاربة أو بضاعة.

كما يجوز أيضًا وقف كرٍّ من الحنطة أو القمح أو الشعير أو غيره على شرط أن يقرض للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لأنفسهم، ثم يؤخذ منهم بعد الإدراك قدر القرض، ثم يقرض لغيرهم من الفقراء أبدا على هذا السبيل.

انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢١٩/٦، الفتاوى الهندية ٣٦٢/٢.

ليدخل فيه الورد وغيره ـ اختلف فيه فقهاء المذاهب طبقا لعلة تسارع الفساد إليه من عدمها: فالمذهب عند الحنابلة أن وقف المشموم كالريحان وغيره مما يسرع إليه الفساد ليشمه أهل المسجد مثلا، لا يصح؛ لأنه لا ينتفع به مع بقاء عينه، بخلاف ندٍّ وصنْدلٍ وقطع كافور، فيصح وقفه لشَمٍّ مريض وغيره؛ لبقائه مع الانتفاع، وقد صحت إجارته لذلك، فصح وقفه لوجود شروط الوقف فيه(١).

وخالف ابن تيمية رحمه الله جمهور الحنابلة في جواز وقف الريحان على المسجد ليشمه المصلون(٢) وذهب الشافعية إلى أن المشموم أنواع، منه ما هو دائم النفع كالريحان المزروع والمسك والعنبر ونحو ذلك، وهذا يصح وقفه، ومنه غير الدائم النفع كالريحان المحصود، وهذا لا يصح وقفه(٣).

٦- يجوز وقف الكتب والمصاحف، لأنه يُنتفع بها على الدوام مع بقاء عينها(٤).

٧- اتفقت الأمة على وقف الحُصُر والقناديل في المساجد من غير نكير، كما ذكره الشربيني(٥)؛ لأنه يُنتفع بها مع بقاء عينها.

٨- جاء في «الإنصاف» للمرداوي: يجوز وقف الماء(٦) واستشكله الحارثي – من علماء الحنابلة – من جهة ذهاب العين بالانتفاع، والوقفُ يستدعي بقاء أصل يُنتفع به على ممر الزمان قال الحارثي:

---

(١) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٧٩- ٢٨٠، الإنصاف للمرداوي ١٢/٧.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٧٩- ٢٨٠، الإنصاف للمرداوي ١٢/٧.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٢٤، البجيرمي على الخطيب ٣/٢٤٥، أسنى المطالب ٢/٤٥٨.

(٤) انظر: فتح القدير ٦/٢١٧، المحلى ٨/١٤٩.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٧٧، شرح منتهى الإرادات ٢/٤٠٠.

(٦) الإنصاف للمرداوي ٧/١١-١٢.

ولكن قد يقال: بقاء مادة الحصول من غير تأثّر بالانتفاع، تُنـزّل منزلة بقاء العين مع الإنتفاع قال: ويؤيد هذا: صحةُ وقف البئر، فإن الوقف واردٌ على مجموع الماء والـحُفيرة، فالماء أصلٌ في الوقف وهو المقصود من البئر، ثم لا أثر لذهاب الماء بالاستعمال لتجدّد بدله، فهنا كذلك، فيجوز وقف الماء لذلك[١].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) الإنصاف ٧/١١-١٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٧٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٣

نص الضابط: ما جَازَ وَقْـفُه، جَازَ وَقْفُ جُزءٍ منه مُشاعٍ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- وقف المشاع جائز[(٢)].

٢- يجوز تحبيس الجزء المشاع[(٣)].

٣- وقف المشاع جائز كالمقسوم[(٤)].

٤- المشاع كالمقسوم في الوقف[(٥)].

صيغ ذات علاقة:

١- الشيوع فيما لا يحتمل القسمة، لا يمنع صحة الوقف بلا خلاف[(٦)]. (بيان).

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٤٤١.

(٢) الهداية للمرغيناني ٣/١٤، المحيط البرهاني لابن مازه ٥/٦٩٧ وانظر: الحاوي للماوردي ٧/٥١٩، منار السبيل لابن ضويان ٢/٥.

(٣) شرح ميارة على التحفة ٢/٢٤٤.

(٤) الروضة البهية للعاملي ٣/١٧٦، وانظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/١٦٧ وجاء في الجامع للشرائع للحلي ص ٣٧٣ "يصح وقف المشاع كالهبة، والصدقة".

(٥) المهذب ١/٤٤١.

(٦) الفتاوى الهندية ٢/٣٦٥.

٢- التحبيس جائز في المشاع وغير المشاع، فيما ينقسم وفيما لا ينقسم[١]. (أعم).

٣- هبة المشاع والصدقة به وإجارته ورهنه، كل ذلك جائز[٢]. (أعم).

٤- لا يجوز وقف المشاع[٣]. (صيغة مخالفة).

شرح الضابط :

هذا الضابط كما هو واضح من صيغته، يتعلق بموضوع (وقف المشاع).

والمشاع: هو المشترك المبهم الذي لم يحدّد[٤]، كنصفٍ ورُبعٍ وسدسٍ أو سهمٍ من عينٍ، وغير ذلك من الحصص الشائعة التي تسري إلى كل جزء من أجزاء المال[٥] يقال: «نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومُشاعٌ فيها، أي ليس بمقسوم ولا معزول»[٦].

وجاء في «المصباح المنير»: «يقال: شاع اللبن في الماء إذا تفرّق وامتزج به ومنه قيل: سهم شائع، كأنه ممتزج لعدم تميزه»[٧].

إن مضمون هذا الضابط (وهو جواز وقف المشاع) متفق عليه في الجملة بين أصحاب المذاهب الفقهية[٨]، فقد قال ابن هبيرة: «اتفقوا على أن وقف

---

(١) المحلى لابن حزم ٨/١٥٩.

(٢) المحلى ٨/١٠٨.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٢٠ وانظر: نيل الأوطار للشوكاني ٦/١٣٣.

(٤) انظر: المعجم الوسيط ١/٥٠٣-٥٠٤، وفي شرح النيل لأطفيش ٨/٣٢٨ "المشاع: ما اختلطت فيه الأنصباء ولم تتميز لكثرة أصحابها وانتشارهم أو لغير ذلك".

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٤٣، درر الحكام لعلي حيدر ١/١٠٣.

(٦) لسان العرب لابن منظور ٨/١٩١.

(٧) المصباح المنير للفيومي ١/٣٢٩، مقاييس اللغة لابن فارس ٣/٢٣٥.

(٨) انظر: مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٤/١٥٩، شرح ابن بطال على صحيح البخاري (كتاب الوصايا، باب إذا أوقف جماعة أرضا مشاعا فهو جائز)، المغني لابن قدامة ٥/٣٧٥، تكملة=

المشاع جائز»[١]، إلا أن الإباضية يفهم من إطلاق قولهم: «ولا يجوز (أي الوقف) في مشترَكٍ للإضرار بالشريك»[٢]، أنه لا يجوز عندهم وقف المشاع.

هذا من حيث الحكم الإجمالي فيما يتعلق بوقف المشاع، وهو أنه جائز عند جمهور أهل العلم.

أما من حيث التفصيل فيوجد خلاف بينهم من حيث تعلق الوقف بالمشاع الذي يقبل القسمة، والذي لا يقبل القسمة وفيما يلي عرض ملخص لآرائهم في كل من هذين النوعين:

أولاً: وقف المشاع الذي يقبل القسمة (مثل وقف الأرض، والدار، والمكيلات، والموزونات، والمعدودات)[٣].

هذا النوع من الوقف أَطلَقَ القول بجوازه: المالكية، والشافعية، والحنابلة، والظاهرية، والزيدية، والإمامية[٤].

واختلف رأي الحنفية فيه، فقال أبو يوسف بجوازه وقال محمد بن الحسن: لا يجوز[٥].

= المجموع للمطيعي ٣٢٣/١٥، الهداية ١٤/٣، الشرح الكبير للدردير ٢٣٥/٣، كفاية الأخيار للحصني ٣٠٤/١، ٧٦/٤، المبدع لابن مفلح ٣١٦/٥، الروض المربع للبهوتي ٤٥٥/٢، المحلى ١٥٩/٨، التاج المذهب للعنسي ٢٨٣/٣-٢٨٤، نيل الأوطار ١٣٣/٦، الروضة البهية ١٧٦/٣، شرائع الإسلام ١٦٧/٢.

(١) اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٤٦/٢.

(٢) شرح النيل لأطفيش ٤٥٤/١٢.

(٣) انظر: المحلى ١٠٦/٨.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير ٢٣٥/٣، مغني المحتاج للشربيني ٣٧٧/٢، تكملة المجموع للمطيعي ٣٢٣/١٥، المغني ٣٧٥/٥، كشاف القناع ٢٤٣/٤، المحلى ١٥٩/٨، التاج المذهب ٢٨٣/٣-٢٨٤، الجامع للشرائع للحلي ص٣٧٣.

(٥) انظر: الدر المختار للحصكفي ٣٤٨/٤، الهداية ١٤/٣، حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٤-٣٤٩، المغني ٣٧٥/٥، تكملة المجموع للمطيعي ٣٢٣/١٥.

والخلاف مبني على اشتراط القبض والتسليم إلى المتولّي وعدمه، وبيانه: أن أصل القبض ليس شرطا لتمام الوقف عند أبي يوسف، فلما لم يكن أصل القبض شرطا عنده، لم يشترط ما هو من تتمة القبض (وهو القسمة في الموقوف المشاع)، وبالجملة فالوقف عند أبي يوسف مقيس على العتق، والشيوع لا يمنع العتق فكذلك لا يمنع الوقف[1].

وأما عند محمد فلا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة، لأن أصل القبض شرطٌ لتمام الوقف عنده، فكذلك ما يتم به القبض، وتمام القبض فيما يحتمل القسمة: بالقسمة والشيوع وإن لم يمنع من أصل التسليم والقبض، لكن يمنع من تمام القبض، فلذا مَنَع محمدٌ وقف المشاع عند إمكان تمام القبض، وذلك فيما يحتمل القسمة، فإنه يمكن أن يُقسَم أولاً ثم يُوقَف وأَسقَطَ محمدٌ اعتبار تمام القبض عند عدم الإمكان، وذلك فيما لا يحتملها، لأنه لو قُسم قبل الوقف، فات الانتفاع به كالبيت الصغير، فاكتفي فيه بتحقق التسليم في الجملة[2].

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٢١١، المبسوط للسرخسي ١٢/٣٧.

(٢) انظر: فتح القدير ٦/٢١١، المبسوط ١٢/٣٧.

هذا وقد جرى الإفتاء عند فقهاء الحنفية بكل من قولي الصاحبين فقد جاء في "الفتاوى الهندية" ٢/٣٦٥ "وقفُ المشاع المحتمل للقسمة لا يجوز عند محمد رحمه الله تعالى وبه أخذ مشايخ بخارى وعليه الفتوى، والمتأخرون بقول أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز وهو المختار" وقال صاحب "درر الحكام شرح غرر الأحكام" ٢/١٣٤: "وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف، وبه يفتى" وقد حرّر الغنيمي الميداني - من متأخري فقهاء الحنفية- في كتابه اللباب في شرح الكتاب، هذا الخلاف بأن القاضي يُخيّر في اختيار أحد قولي الصاحبين، لكن ينبغي له أن يميل إلى قول أبي يوسف ويحكم بصحة وقف المشاع القابل للقسمة أخذًا من قولهم: "يُختار في الوقف ما هو الأنفع والأصلح للوقف".

ويشير كلام المحقق ابن عابدين إلى أنه يميل إلى قول أبي يوسف أيضا، فقد جاء في حاشيته المسماة "رد المحتار على الدر المختار" ٤/٣٥١ فيما يتعلق بهذا الاختلاف للصاحبين: "واختلف الترجيح مع التصريح في كل منهما بأن الفتوى عليه، لكن في "الفتح" أن قول أبي يوسف أوجه عند المحققين".

هذا، والشيوع - فيما يحتمل القسمة - المانع عند محمد من الوقف: هو الشيوع الذي يكون وقت القبض لا وقت العقد، وأيضا: هو الشيوع المقارن لا الشيوع الطارئ[1] وسيأتي ما يوضح كل ذلك في التطبيقات.

ثانيًا: وقف المشاع الذي لا يقبل القسمة (مثل الرأس الواحد من الحيوان، والسيف، والبئر، ونحوه)[2].

هذا النوع من الوقف اتُّفق على جوازه في الجملة عند جميع القائلين بصحة وقف المشاع[3] إلا أن المالكية لهم فيه قولان مرجّحان (أي في صحة هذا الوقف وعدمه)[4] ويستفاد من كلام البنّاني تحرير مذهب المالكية فيه، وهو أنه لا يجوز عندهم هذا النوع ابتداء إلا بإذن الشريك أما إن وقع الوقف، ثم استُفتي عنه، فهو الذي يأتي فيه القولان المرجّحان[5] قال الدردير: «وعلى الصحة: يُجبر الواقف على البيع إن أراد شريكه ويُجعل ثمنه في مثل وقفه»[6].

أدلة الضابط:

١- عن ابن عمر قال: قال عمر للنبي ﷺ: « إن المائة سهم التي لي بخيبر لم أُصب مالاً قط أعجب إليّ منها، قد أردتُ أن أتصدق بها»، فقال

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٤.

(٢) انظر: المحلى ١٠٦/٨، حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٤.

(٣) انظر: المغني٣٧٥/٥، تكملة المجموع للمطيعي٣٢٣/١٥، الدر المختار ٣٤٨/٤، الهداية ١٤/٣، الشرح الكبير للدردير ٢٣٥/٣، مغني المحتاج ٣٧٧/٢، كشاف القناع ٢٤٣/٤، المحلى ١٥٩/٨، التاج المذهب ٢٨٣/٣-٢٨٤ الجامع للشرائع للحلي ص ٣٧٣.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٧٥/٤، مواهب الجليل للحطاب ١٨/٦.

(٥) قال البنّاني: "وكلام "التوضيح" وغيره صريح في أن محل الخلاف هو النفوذ بعد الوقوع والنزول، أما ابتداء فلا يجوز الإقدام على تحبيس ما لا ينقسم دون إذن الشريك" حاشية البناني على هامش الزرقاني ٧٤/٧ وانظر: الموسوعة الكويتية ١٧٠/٤٤.

(٦) الشرح الكبير للدردير ٧٥/٤.

النبي ﷺ: «احبِسْ أصلها وسَبِّلْ ثـمرتها»[١].

هذا الحديث استدل به عدد من أئمة الحديث والفقه على جواز وقف المشاع، فقد أخرجه النسائي والدارقطني والبيهقي في باب وقف المشاع[٢] وقال ابن قدامة في التعليق على الحديث: «وهذا صفة المشاع»[٣] وقال الكاساني عنه: «دلّ (أي الحديث) على أن الشيوع لا يمنع صحة الوقف»[٤].

٢- حديث أنس رضي الله عنه قال: أَمَر النبي ﷺ ببناء المسجد فقال: «يا بني النجار ثامِنُوني بحائطكم هذا» قالوا: لا والله، لا نطلب ثمنه إلا إلى الله[٥].

قال العيني: «استدل البخاري بهذا الحديث على أن وقف المشاع جائز مطلقا»[٦]، حيث عَنْون البخاري للحديث بقوله: (باب إذا أوقف جماعة أرضا مشاعا فهو جائز) ثم أخرج الحديث.

ووجه الاستدلال: هو في قولهم: «لا نطلب ثمنه إلا إلى الله» فإن ظاهره أنهم تصدقوا بالأرض لله عز وجل، فقبل النبي ﷺ ذلك، فكان ذلك وقفا للمشاع، ففيه دليل لما ترجم له البخاري من أن وقف

---

(١) رواه أحمد ١٠/١٦٦ (٥٩٤٧)، والنسائي ٦/٢٣٠ (٣٥٩٧)، وابن ماجه ٢/٨٠١ (٢٣٩٧) من حديث ابن عمـــر رضي الله عنهما، وقـــد رواه البخاري ٣/١٩٨ (٢٧٣٧) وفي مواضع، ومسلم ٣/١٢٥٥ (١٦٣٢) بلفظ "إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها" وانظر: منتقى الأخبار للمجد ابن تيمية مع شرحه نيل الأوطار ٦/١٣٣ باب وقف المشاع والمنقول.

(٢) انظر: الهامش السابق وانظر: المهذب ١/٤٤١، المغني ٥/٣٧٥.

(٣) المغني ٥/٣٧٥.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٢٢٠.

(٥) رواه البخاري في مواضع من صحيحه منه ١/٩٣ - ٩٤ (٤٢٨)، ٣/٢٠ (١٨٦٨)، ومسلم ١/٣٧٣ (٥٢٤) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٦) عمدة القاري ١٤/٦٧.

المشاع جائزٌ، ولو كان وقفُ المشاع لا يجوز لكان النبي ﷺ أنكر عليهم ذلك وبيّن لهم الحكم[١].

٣- عن عبد الله بن كعب بن مالك قال سمعت كعب بن مالك رضي الله عنه: «قلت يا رسول الله، إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة إلى الله وإلى رسوله ﷺ»، قال: «أمسك عليك بعض مالك فهو خير لك قلت: فإني أمسك سهمي الذي بخيبر»[٢].

هذا الحديث أخرجه البخاري تحت «باب إذا تصدَّق أو وَقَف بعض ماله أو بعض رقيقه أو دوابه فهو جائز»، فيؤخذ منه جواز وقف المشاع كما قاله ابن حجر.

قال ابن حجر: «ووجه كونه يؤخذ منه وقف المشاع، هو من قوله: «أو بعض رقيقه أو دوابه» فإنه يدخل فيه ما إذا وقف جزءا من العبد أو الدابة أو وقف أحد عبدَيْه أو فرسَيْه مثلا، فيصح كل ذلك ويُرجع إليه في التعيين».

كما أن قوله ﷺ في الحديث لكعب رضي الله عنه: «أمسك عليك بعض مالك»: «ظاهر في أمره بإخراج بعض ماله وإمساك بعض ماله من غير تفصيل بين أن يكون مقسوما أو مشاعا» كما قاله ابن حجر[٣].

٤- استدل البيهقي بعمل بعض الصحابة رضي الله عنهم بوقف المشاع، فقال: «ورُوي أن الحسن والحسين وقف أحدهما أشقاصا من دُوره

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر ٣٩٩/٥، عمدة القاري للعيني ٦٧/١٤.
(٢) رواه البخاري ٧/٤- ٨ (٢٧٥٧) ومواضع أخر، ومسلم ٢١٢٧/٤ (٢٧٦٩)/(٥٣) من حديث كعب بن مالك الأنصاري رضي الله عنه.
(٣) فتح الباري ٣٨٦/٥.

فأجاز ذلك العلماء» قال البيهقي: وتصدق ابن عمر بالسهم بالغابة الذى وهبتْ له حفصة»[١].

فهذان الأثران يدلان على جريان العمل بوقف المشاع في عهد الصحابة رضي الله عنهم، وبالإضافة لذلك فإن كلام البيهقي يشير إلى ما يمكن أن يسمى بالإجماع السكوتي من علماء السلف على إجازة هذا العمل.

٥- الأصل عدم المانع في وقف المشاع[٢]، «لأن المالك لبعض الشيء له أن يتصرف به كيف يشاء، كالمالك للشيء جميعه؛ إلا أن يتصرف في نصيبه بما يضر شريكه، فإن ذلك ممنوع بالأدلة الواردة في المنع من الضِّرار»[٣].

٦- الوقف عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا، فيجوز عليه مشاعا كالبيع، كما أن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز[٤].

تطبيقات الضابط:

١- لو جَعَل الواقف نصف الأرض وقفا على الفقراء والمساكين مشاعًا، والنصفَ الآخر على أمرٍ آخر، جاز[٥].

٢- يصح وقف المشاع مسجدًا، عند الشافعية والحنابلة[٦] ولا فرق بين

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٨/٦ كتاب الوقف، باب وقف المشاع.
(٢) انظر: السيل الجرار للشوكاني ٣١٥/٣.
(٣) السيل الجرار ١٩١/٣.
(٤) انظر: المغني ٣٧٥/٥.
(٥) الفتاوى الهندية ٣٦٦/٢، وانظر: المغني ٣٧٥/٥.
(٦) انظر: مغني المحتاج ٣٧٨/٢، الإنصاف للمرداوي ٨/٧، كشاف القناع ٢٤٤/٤، ولا يجوز ذلك عند الحنفية كما يأتي في الاستثناءات.

أن يكون الموقوفُ مسجدًا، هو الأقل أم لا[١] ويثبت فيه حكم المسجد في الحال عند التلفظ بالوقف، ، فيُمنع الجُنُب منه والسكران ومن عليه نجاسةٌ تتعدّى، كما أنه تتعيّن قسمته لتعيّنها طريقا للانتفاع بالموقوف[٢].

٣- لا يصح الاعتكاف - عند الشافعية - فيما وُقف جزؤه شائعا مسجدًا، وإن حرُم على الجنب المكثُ فيه للاحتياط[٣].

٤- إذا كان الموقوف المشاع قابلاً للقسمة، فطَلَب بعض الشركاء أو وليُّ الوقف القسمة، فعند أبي حنيفة لا يُقسم الوقف، بل يتهايأ الشركاء فيما بينهم في الانتفاع به أما عند الصاحبين (أبي يوسف ومحمد بن الحسن) وكذا عند المالكية والحنابلة: يُقسم الوقف، لأن كل قسمة جازت من غير ردّ عوضٍ ولا ضرر فهي واجبة[٤].

٥- لو كان بين رجلين أرضٌ، فوقفاها على جهة واحدة مثل المساكين أو على وجه من وجوه البرّ ودفعاها معًا إلى قيّم واحد، جاز اتفاقا عند الصاحبين من الحنفية، لأن المانع من جواز وقف المشاع القابل للقسمة عند محمد بن الحسن، هو الشيوع وقت القبض لا وقت العقد، وههنا لم يوجد الشيوع وقت العقد لأنهما وقفا الأرضَ جملة، ولا وقت القبض لأنهما سَلَّما الأرض جملة.

وكذا لو اختلفت جهةُ وقفِ كلٍّ منهما، بأن وَقَف أحدهما على ولده وولد ولده أبدًا ما تناسلوا فإذا انقرضوا كانت غلّتها للمساكين،

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٧٨.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٧٨، الإنصاف للمرداوي ٧/٨، كشاف القناع ٤/٢٤٤.

(٣) مغني المحتاج ١/٤٥٠.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٢/٣٦٥، الذخيرة للقرافي ٦/٣٣٩، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/٧٦، المغني ٥/٣٧٦، كشاف القناع ٦/٣٧٥ - ٣٧٦.

ووَقَف الآخَر في الحجّ يُحجّ بريعها في كل سنة، وسلّماها إلى قيّمٍ واحد جاز أيضًا عند الصاحبين لعدم وجود الشيوع وقت القبض، وهو المانع عند محمد بن الحسن.

ولو اختلف كل منهما في وقفيهما جهةً وقيّمًا، لكن اتحد زمان تسليمهما للقيّمَيْن أو قال كل منهما لقيّمه: اقبض نصيبي مع نصيب صاحبي، جاز اتفاقا عند الصاحبين لعدم وجود الشيوع وقت قبض الموقوف المشاع، بخلاف ما لو وَقَف كل واحدٍ وحده وسَلَّم لقيّمه وحده، فلا يصح عند محمد بن الحسن، لوجود الشيوع وقت العقد ووقت القبض[1].

٦- لو وَقَف شخصٌ كل عقاره ثم استُحق جزء منه شائعا، بطل الوقف في الباقي عند محمد بن الحسن، لأنه تبين بعد الاستحقاق أن الشيوع كان مقارنا للوقف، والشيوع المقارن للوقف مبطلٌ للوقف عنده.

أما إذا وقف مريضٌ بمرض الموت داره ثم مات، وتبين أن هذه الدار لا تخرج من ثلث التركة، ولم يُجز الورثة وقف الجزء الزائد على الثلث، فإن الوقف يبطل في الجزء الزائد ويصبح ملكا للورثة، ويبقى الباقي من الدار الذي خرج من الثلث: وقفًا صحيحا عند الصاحبين من الحنفية وقد صح الوقف هنا - حتى على رأي محمد بن الحسن- مع كونه حصة شائعة، لأن الشيوع طارئ بسبب عدم إجازة الورثة، والشيوع الطارئ لا يُبطل الوقف عنده[2].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٤، الفتاوى الهندية ٣٦٥/٢ -٣٦٦، البحر الرائق لابن نجيم ٢١٣/٥.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٤٨/٤، الفتاوى الهندية ٣٦٥/٢، البحر الرائق ٢١٣/٥.

٧- إذا حبَّس الأب على ولديه صغيرٍ وكبيرٍ حبسا مشتركا بينهما على الإشاعة، فإن قَدَّم الأبُ الابنَ الكبير على الحوز لأخيه الصغير، فالحبس صحيح لهما معا وإن قدَّم الأب أجنبيا يحوز للصغير، جاز أيضًا وصح الحبس[١].

استثناءات من الضابط :

الوقفُ في المسجد والمقبرة لا يتم مع الشيوع اتفاقًا عند الحنفية، لأن بقاء الشركة فيهما يَمنع كونهما خالصَين لله تعالى، ولأن المهايأة في المسجد والمقبرة من أقبح ما يكون، بأن يُدفن الموتى في المقبرة سنةً ثم تُستخدم المقبرةُ مثلاً سنةً أخرى لغير الدفن؛ وكذلك أن يُصلَّى في المسجد في أوقات، ثم يُستخدم في أوقات أخرى في أغراض دنيوية مثلاً[٢].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) شرح ميارة على التحفة ٢/٢٤٣.

(٢) انظر: البحر الرائق ٥/٢١٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٤

نص الضابط: صِحَّةُ الوَقْفِ مَنُوطةٌ بأهليةِ الواقفِ والمَوْقوفِ عليه[١].

صيغ ذات علاقة :

١- كل عقد ترتب آثاره عليه فهو الصحيح، وإلا فهو الفاسد[٢]. (أعم).

٢- الوقف على غير معين باطل[٣]. (أخص).

شرح الضابط :

ناط الشيءَ ينوطه نوطا بمعنى علَّقَه، والنوْط ما عُلق[٤].

والأهلية: صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه[٥].

---

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٤٠/٤ - ٣٤١، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٧/٤، التاج المذهب للصنعاني ٢٨٣/٣- ٢٨٥.

(٢) البحر المحيط للزركشي ١٥/٢.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٣٧٦/٥.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٣٧٦/٥.

(٥) التوقيف على مهمات التعاريف للمناوي ص ١٠٤ تحقيق د محمد رضوان الداية ط/ دار الفكر المعاصر، ومعجم لغة الفقهاء ٩٦/١.

وللأهلية عدة اعتبارات نذكر منها:

١- **أهلية الالتزام**: صلاحية الشخص لأن يوجب على نفسه.

٢- **أهلية التصرف**: صلاحية الشخص لنقل حق أو لتحميل عين بحق من الحقوق العينية.

٣- **أهلية الوجوب**: صلاحية الشخص لكسب الحقوق والالتزام بالواجبات.

٤- **أهلية الأداء**: صلاحية الشخص لإبرام تصرفات شرعية(١).

والضابط متعلق بركني الواقف والموقوف عليه.

ومفاده أن الوقف وإن كان تبرعا محضا لا يرجى منه إلا الثواب في الآخرة إلا أنه مع ذلك يعدُّ من التصرفات الضارة؛ لكونه إزالة الملك بغير عوض(٢)؛ مما يتطلب تحقق الأهلية في الواقف والموقوف عليه معا.

وهذا طبعا يقتضي الحديث بانفكاك الجهة في الأهلية بالنسبة لهما؛ لأن المتبرع غير المتبرع عليه بالنظر إلى الشروط والأحكام، فالضرر يلحق الواقف أكثر من غيره؛ لأنه هو الذي يدفع المال، أما الموقوف عليه فهو المتقبل؛ فلا يشترط فيه إلا أن يكون صالحا للتبرع عليه لا يمنعه من ذلك مانع حسي ولا معنوي.

وأما الواقف فلا بد أن يكون مكلفا عاقلا بالغا رشيدا طائعا.

---

(١) معجم لغة الفقهاء ٩٦/١.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٤٠/٤ - ٣٤١، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٦، المحلى لابن حزم ١٤٠/٧ وفيه "لا يجوز الحجر على أحد في ماله إلا على من لم يبلغ أو على مجنون في حال جنونه: فهذان خاصة لا ينفذ لهما أمر في مالهما".

فإذا فقدت الأهلية في الركنين معا أو في أحدهما بطل الوقف لعدم تحقق شرطه[١] وهو معنى إناطة صحة الوقف بالأهلية فيهما؛ إذ لو حصل الوقف ممن لا أهلية له في التصرف في الأموال كالصبي والمجنون وغيرهما، أو كان الموقوف عليه ممن لا يستحق الوقف لألحق ذلك ضررا على الأموال بضياعها، وهو ما لا يجوز بحال؛ لأن الشرع قد جاء بوجوب حفظ المال والنهي عن تبذيره وتضييعه[٢]، قال تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾ [النساء: ٥] وقال: ﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾ [الفرقان: ٦٧] وقال: ﴿وَلَا تُبَذِّرْ تَبْذِيرًا﴾ [الإسراء: ٢٦]، ومن السنة ما رواه ورَّاد قال: كتب المغيرة إلى معاوية: سلام عليك، أما بعد، فإني سمعت رسول الله ﷺ، يقول: «إن الله حرم ثلاثا، ونهى عن ثلاث، حرم عقوق الوالد، ووأد البنات، ولا وهات، ونهى عن ثلاث: قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»[٣].

أدلة الضابط:

لأن الوقف تمليكٌ فلا يصح على من لا يَمْلِكُ[٤] ولا ممن لا يلزم تصرفه؛ لأن الوقف من التصرفات الضارة؛ لكونه إزالة الملك بغير عوض ومن ليس من أهل التصرفات الضارة لا يصح منه وقف[٥].

---

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٤٠/٤ - ٣٤١، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٦، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٩/٤-٢٥٠، المحلى لابن حزم ١٤٠/٧، التاج المذهب للصنعاني ٢٨٢/٣.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٧٣٠/١.

(٣) رواه البخاري ١٢٠/٣ (٢٤٠٨)، ومسلم ١٣٤١/٣ (٥٩٣) واللفظ له.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢٤٩/٤-٢٥٠، التاج المذهب للصنعاني ٢٨٢/٣.

(٥) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٤٠/٤ - ٣٤١، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٦، المحلى لابن حزم ١٤٠/٧.

تطبيقات الضابط :

١- من وقف داره على زيد، وكان زيد ممن يصح الوقف عليه، ثم وقفها على مرتدٍّ أو غيره ممن لا يصح الوقف عليه، ثم وقفها على المساكين، فإن الوقف يصرف بعد موت زيد للمساكين دون المرتد؛ لأن وجود من لا يصح الوقف عليه كعدمه، فيكون كأنه وقف على الجهة الصحيحة من غير ذكر الجهة الباطلة[1] لأن المرتد راغب عن الإسلام، ففي الوقف عليه تشجيع للردة، فكان فاقدا للأهلية في الوقف؛ وصحة الوقف منوطة بالأهلية في الواقف والموقوف عليه.

٢- من قال: وقفت كذا من مالي على الأغنياء أو على الكنيسة، ونحوها، بطل الوقف؛ لأنه عيَّن المصرفَ الباطلَ الذي لا تتوافر فيه الأهلية المعتبرة في الموقوف عليه[2].

٣- لا يصح وقف الصبي والمجنون والسفيه ولو بمباشرة أوليائهم، ولا المحجور عليه بفلَس كذلك[3]؛ لأن الوقف من التصرفات الضارة؛ لكونه إزالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من أهل التصرفات الضارة[4]؛ لأن الصبي لا تنعقد منه أفعال[5] والمجنون له حكم الصبي في جميع أحواله تمييزا وعدما[6]، ومثلهما المحجور

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢٥٢/٤، شرائع الإسلام للحلي ١٧٠/٢ ففيه " لو وقف على من لا يملك ثم على من يملك فيه تردد والمنع أشبه".

(٢) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢٥٢/٤.

(٣) انظر: حاشية قليوبي وعميرة ٩٨/٣- ٩٩، كشاف القناع للبهوتي ٢٥١/٤، التاج المذهب ٢٨٢/٣-٢٨٣.

(٤) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٤٠/٤ - ٣٤١، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٩/٦، المحلى لابن حزم ١٤٠/٧.

(٥) انظر: شرح النيل لأطفيش ٤٤/١٣.

(٦) انظر: المبسوط للسرخسي ٩١/٧، منح الجليل لعليش ١٣٦/٧، المجموع للنووي ١٠٠/٦، الإنصاف للمرداوي ٣٣٦/٦.

عليه بفلس حتى يسدد دينه، فكانت أهلية التصرف في حقهم مفقودة، وصحة الوقف منوطة بأهلية الواقف.

٤- الواقف شرطه أن يكون مالكا لما تبرع به، فيدخل وقف المريض والزوجة في الثلث فقط، ولا يلزم الوقف منهما في زائد عن ثلث مالهما؛ إذ ما زاد عن ثلث المال لا يملكان التصرف فيه بطريق التبرع[1] لفقد الأهلية في ملك الزائد على الثلث، وصحة الوقف منوطة بأهلية الواقف.

٥- من أكره على أن يقِفَ شيئا من ماله، ففعل تحت الإكراه، لم يصح وقفه ذلك ما لم يَنْوِ الوقفَ؛ لأن المكره لا اختيار له، وشرطُ صحة العقود الاختيار[2] فكان فاقدا للأهلية؛ وصحة الوقف منوطة بأهلية الواقف.

٦- لا يصح الوقف على الميت؛ لأنه لا يملك[3]، وقيد بعضهم عدم الصحة بما إذا قصد الواقف بالوقف على الميت نفسَ الميت، لعدم تحقق القربة في ذلك حينئذ[4]؛ إذ الميت فاقد للأهلية، وصحة الوقف منوطة بأهلية الواقف.

ويفهم من القول بعدم صحة الوقف على نفس الميت أن الوقف على أموات المسلمين من غير تعيين جائز، ويجعل الوقف في الأمور المتعلقة بالأموات من مؤن تجهيزهم، وحفر قبورهم، ونقلهم إليها وإحاطتها بسياج أو حائط أو غير ذلك.

---

(١) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٥٠.

(٢) انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٤/١٠١، التاج المذهب ٣/٢٨٢.

(٣) مغني المحتاج ٣/٥٢٧.

(٤) انظر: التاج المذهب ٣/٢٨٨.

٧- لا يصح الوقف على غير الآدمي كالدور ولو على عمارتها، والحيوانات المباحة؛ لأنها لا تَملك، والوقف تمليك، فلا يصح على من لا يَملك[(١)] لفقد الأهلية المعتبرة في صحة الوقف، ما لم يراع في ذلك معنى آخر، مثل الخيل الموقوفة في سبيل الله، فيصح الوقف عليها، ويصرف في علفها وما يصلحها، ويقاس على الخيل ما يعدُّ في الجهاد في سبيل الله من طائرات وسيارات ودبابات ودراجات، ويكون الوقف في صيانتها ووقودها وغير ذلك مما هو في مصالحها[(٢)].

٨- الوقف على الجنين مثل أن يقول شخص: وقفت كذا على ما في بطن هذه المرأة، اختلف فيه الفقهاء، فأجازه كل من الحنفية والمالكية وهو رواية عند الحنابلة، ومنعه الشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى؛ وذلك لعدم صحة تملّكه، سواء أكان مقصودا بالوقف أم تابعا لأمه حتى لو كان للواقف أولادٌ وله جنين وقت الوقف لم يدخل الجنين في الوقف على الأولاد إلا إذا انفصل حيا[(٣)] وكلا الرأيين جار على مقتضى الضابط.

٩- يصح وقف الكافر من ذمي ومعاهد وغيرهما إذا ثبت لهما الملك في الشيء الموقوف؛ لأن الوقف ليس موضوعا للتعبد به كالصلاة والحج بحيث لا يصح من الكافر أصلا، بل التقرب به موقوف على نية القربة، فهو بدونها مباح حتى يصح من الكافر على ما ذهب إليه الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية.

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٢٧ – ٥٢٨، قليوبي وعميرة ٣/١٠٠، التاج المذهب ٣/٢٨٥.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٢٨.

(٣) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦/٦٥٤، منح الجليل ٨/١١٣، مغني المحتاج ٣/٥٢٨، الإنصاف للمرداوي ٧/٢٢.

وخالف في ذلك الزيدية فقالوا: لا يصح الوقف من كافر تصريحا أو تأويلا عند الزيدية؛ لأن الوقف قربة، ولا قربة لكافر[1] وكلا الرأيين جارٍ على مقتضى الضابط.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣٣٩/٤، منح الجليل لعليش ١١٤/٨، مغني المحتاج ٥٢٣/٣، التاج المذهب للعنسي ٢٨٢/٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٥

نص الضابط: الوَقفُ لا يَبطُلُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ[١].

صيغ ذات علاقة :

الشرط المنافي لمقتضى الوقف يبطل الوقف[٢]. (استثناء).

شرح الضابط :

هذا الضابط خاص بالأحكام المتعلقة بشروط الواقفين المقترنة بصيغة عقد الوقف.

وجملة الشروط في ذلك أنها تنقسم إلى قسمين:

١- شروط يشترطها الواقف لكنها تنسجم مع مقاصده ومراميه، كاشتراط إصلاحه والمحافظة عليه من غلته، وكاشتراط توزيعه على مستحقيه بالعدل، وهكذا.

٢- شروط يشترطها الواقف لكنها تؤدي إلى الإخلال بأصل العقد، وتنافي مقتضاه ومقصده وتتعارض مع الغاية والهدف من إنشائه.

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٠٣، انظر: فتاوى قاضيخان ٣/٣١٧، الذخيرة لابن مازه ٨/٢٦٨، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥/٢٤٠.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٥٣، مطالب أولي النهى ٤/٢٩٤، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

فإذا كان شرط الواقف مخالفا للشرع الشريف فلا يتبع[١].

وأسباب المنع في بعض شروط الواقفين ردّها الشيخ مصطفى الزرقا بالاستقراء إلى أربعة أسباب:

١- مخالفة الشرط لقواعد الشرع كما لو شرط الواقف أن لا يتدخل الحكام في أمور الوقف.

٢- الشرط الذي يضر بمصلحة الوقف وصيانته كما لو شرط الواقف عدم إصلاح الوقف.

٣- الشرط الذي يضر بمصلحة الموقوف عليه وحقوقه المشروعة كما لو شرط الواقف عدم تأجير وقفه بأكثر مما عيَّنه ولو زادت أجرة العقار وغيره.

٤- الشرط الذي لا فائدة فيه كما لو شرط الواقف أن يتصدق بشيء من غلة الوقف على من يسأل في مسجد كذا.

فالشروط التي تشتمل على شيء من ذلك تعتبر باطلة ولا يتقيد الوقف بها، فلا تُحترم إرادة الواقفين فيها[٢].

لكن هل يترتب على بطلان الشرط المخالف للشرع أو المخالف للوقف أو لمقتضاه، بطلانُ الوقف من أصله؟ أو أنه يصح الوقف ويبطل الشرط وحده؟

مثال الشرط الفاسد: لو وقف شخص أرضا على رجل بشرط أن يقرضه دراهم.

---

(١) درر الحكام لعلي حيدر ١/٨٥.

(٢) انظر: أحكام الأوقاف للشيخ الزرقا ص ١١٩، الفرع الأول في الشروط الممنوعة على الواقفين، نسخة عليها بعض التعديلات بقلم الشيخ المؤلف.

ومثال الشرط المنافي لمقتضى الوقف: أن يشترط الواقف في صيغة وقفه أن يبيع الوقف متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه.

والمتتبع لأقوال وآراء فقهاء المذاهب يجد أنها مختلفة في ذلك حسب القواعد والأصول التي يبني عليها كل فقيه أحكامه سواء كان ذلك خارج المذهب الواحد أو داخله.

وخلاصة آرائهم كالتالي :

القول المعتمد عند الحنفية وهو الذي عليه الفتوى بطلان الشرط الفاسد أو المنافي لمقتضى عقد الوقف لكن يبقى الوقف بعده صحيحا.

فقد ذكر ابن عابدين سبعة أبواب لا تبطل بالشرط الفاسد، وعدَّ من بينها الوقف[١].

وهو رأي يوسف بن خالد السمتي من الحنفية، واختاره الشيخ مصطفى الزرقا للفتوى وإن كان مشهور المذهب الحنفي على خلافه[٢] إذ مشهور مذهبهم أن كل شرط يتعارض مع لزوم الوقف أو تأبيده يجعل الوقف باطلا؛ لأن الصيغة إذا اقترنت بهذا الشرط تصير غير منشئة له[٣].

وأما المالكية : فعندهم أن الواقف إذا شرط ما لا يجوز، لا يتبع شرطه إذا اتفق على منعه، فيبطل الشرط ويستمر الوقف[٤].

وأما الشافعية: فعندهم تفصيل في ذلك نقله السبكي في فتاويه قائلا: إذا

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥/٢٤٠.

(٢) انظر: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق لعكرمة سعيد صبري ص١٨٥ ناقلا عن أحكام الأوقاف للزرقا ١/٣٦.

(٣) انظر: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق لعكرمة صبري ص١٨٥ ناقلا عن أحكام الأوقاف للزرقا ١/٣٦.

(٤) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/٣٣- ٣٤.

اقترن بالوقف شرط باطل فهل يبطل؟ فيه تفصيل: وهو أنه إن كان وقف تحرير[١] كالمسجد لم يبطل على المذهب، وإن كان وقفا على معيَّن فوجهان: أصحهما بطلان الوقف.

وإن كان على جهة عامة كالفقراء فوجهان: أصحهما عدم البطلان[٢].

وأما الحنابلة: فالمشهور عندهم أن الشروط المنافية لمقتضى الوقف يبطل معها الشرط والوقف معا.

لكن يوجد احتمال عندهم ببطلان الشرط فقط وصحة الوقف، اعتمده بعض المحققين منهم، وفي ذلك يقول المرداوي في الإنصاف: «لو شرط في الوقف أن يبيعه، أو يهبه، أو يرجع فيه متى شاء: بطل الشرط والوقف في أحد الأوجه وهو الصحيح من المذهب نص عليه وقدمه في الفروع وشرح الحارثي والفائق، والرعايتين والحاوي الصغير قال المصنف في المغني: لا نعلم فيه خلافا وقيل: يبطل الشرط دون الوقف، وهو تخريج من البيع، **وما هو ببعيد** قال الشيخ تقي الدين رحمه الله: **يصح في الكل**، نقله عنه في الفائق ومنها: لو شرط الخيار في الوقف فسد نص عليه وهو المذهب وخرَّج فساد الشرط وحده من البيع قال الحارثي: **وهو أشبه** ومنها: لو شرط البيع عند خرابه، وصرف الثمن في مثله، أو شرطه للمتولي بعده فقال القاضي، وابن عقيل، وابن البنا، وغيرهم: يبطل الوقف **قلت** : **وفيه نظر** وذكر القاضي، وابن عقيل **وجها بصحة الوقف وإلغاء الشرط** ذكر ذلك الحارثي **قلت** : **وهو الصواب**»[٣].

---

(١) التحرير: هو ما يظهر فيه معنى التقرب إلى الله تعالى انظر: حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ٦/٢٥٣.

(٢) فتاوى السبكي ٢/١٣٦- ١٣٧.

(٣) الإنصاف للمرداوي ٧/٢٥- ٢٦.

وأما عند الظاهرية فإن الشروط التي ليست في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ تعتبر ملغاة سواء في الوقف أو في غيره؛ وفي ذلك يقول ابن حزم رحمه الله تعالى: «من حبس وشرط أن يباع إن احتيج؛ صح الحبس، لما ذكرنا من خروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى، وبطل الشرط؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى، وهما فعلان متغايران، إلا أن يقول: لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط أن يباع: فهذا لم يحبس شيئا؛ لأن كل حبس لم ينعقد إلا على باطل فلم ينعقد أصلا»[١].

وأما الزيدية: فالذي يظهر من تفريعاتهم أن الشرط الفاسد في الوقف يعتبر ملغيا مع صحة الوقف[٢].

ويرى **بعض المعاصرين** أن الوقف هو الأصل، وينبغي أن يبقى قائما جاريا، وأن الشروط عرَضية، فما ناسب منها، أُخذَ والتُزم به، وما سوى ذلك رُدّ ولم يعمل به، وأن يتولى القاضي تمحيص هذه الشروط من الناحية الشرعية، وبيده بتُّ الأمور[٣].

وهذا الرأي وجيه؛ لأن كثيرا من الواقفين ليس له اطلاع بأحكام الوقف، فقد يشترط أمورا يظن أنها لا تتعارض مع أحكام الشرع ومقاصده في الأوقاف، والواقع خلاف ذلك، فكان حريا بالجهة الموثقة للأوقاف أو غيرها من الجهات الشرعية مراجعةُ الواقف في تلك الشروط الفاسدة إن كان لا يزال حيا حتى يصحح شرطه بما يتوافق مع الشرع، أو مراجعة من له الأمر من حكام المسلمين ومن يقوم مقامهم في ذلك لتعديل تلك الشروط الفاسدة أو إلغائها من أجل إبقاء الوقف، وتحقيق قصد الواقف، بأن لو كان حيا ما وسعه غير ذلك.

---

(١) المحلى لابن حزم ١٦١/٨.

(٢) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ١٥٢/٥.

(٣) انظر: الوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق للدكتور عكرمة سعيد صبري ص ١٩٥.

أدلة الضابط :

١- أنه عليه السلام «أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر»[١].

٢- ولأن ما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة؛ لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات؛ لأن الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، فيكون فيه فضل خالٍ عن العِوض، وهو الربا بعينه، ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح، ولا في التبرعات كالوقف، فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه[٢].

تطبيقات الضابط :

١- شرْطُ الخيار في الوقف فاسدٌ، لكن يبقى معه الوقف صحيحا، فلو شرط الواقف الخيارَ في الرجوع، بطل شرطه ولزم الوقف؛ «لأن الأصل في العقود اللزوم»[٣] ولذا اتفقوا على أن شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد[٤]؛ إذ الأصل أن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

٢- لو وقف شخص أرضا على رجل بشرط أن يقرضه دراهم، جاز

---

(١) هو بالمعنى مما رواه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله ﷺ "أمسكوا عليكم أموالكم لا تعمروها فإن من أعمر عمرى فإنها للذي أعمرها حيا وميتا ولعقبه" رواه مسلم في صحيحه ١٢٤٦/٣ (١٦٢٥).

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ١٣١/٤، البحر الرائق ٢٠٣/٦.

(٣) الذخيرة للقرافي ٣٢٦/٦.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٢٩/٦- ٢٣٠.

الوقف وبطل الشرط[١]؛ لأن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

٣- إذا شرط الواقف أن لا يكون للقاضي أو السلطان كلام في الوقف، فإن شرطه يكون بذلك باطلا، وعليه فيكون للقاضي الكلام في ذلك؛ لأن نظره أعلى، وهذا شرط فيه تفويت المصلحة للموقوف عليهم، وتعطيل للوقف، فيكون شرطا لا فائدة فيه للوقف ولا مصلحة، فلا يقبل الشرط ويصح الوقف[٢] إذ الأصل أن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

٤- إذا شرط الواقف في الوقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ذلك، فعند محمد بن الحسن ومن وافقه أن الوقف جائز والشرط باطل؛ لأن هذا الشرط لا يؤثر في المنع من زواله، والوقف يتم بذلك، ولا ينعدم به معنى التأبيد في أصل الوقف، فيتم الوقف بشروطه، ويبقى الاستبدال شرطا فاسدا، فيكون باطلا في نفسه كالمسجد إذا شرط الاستبدال به، أو شرط أن يصلي فيه قوم دون قوم، فالشرط باطل، واتخاذ المسجد صحيح، فهذا مثله[٣] إذ الأصل أن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

٥- اشتراط إصلاح الوقف على مستحقه غير جائز، فلو شرط الواقف على الموقوف عليه إصلاح ما فسد من الوقف، فلا يعمل بشرط إصلاحه على مستحقه؛ لأنه كراء، مجهول فالشرط باطل والوقف صحيح، ويصلح من غلته، فالبطلان منصبٌّ على الشرط لا على الوقف[٤] إذ الأصل أن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٢٩- ٢٣٠.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٤١.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٢/٤١- ٤٢، فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٢٨.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٩٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧/٨٩.

٦- من وقف أرضا مثلا عليها تَوظيفٌ[١] واشترط أن يؤخذ ذلك التوظيف من المحبس عليه لا من غلة الأرض، فإن الشرط يكون باطلا، أما الوقف فصحيح، ويدفع التوظيف من غلة الأرض[٢] إذ الأصل أن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

٧- من حبس وشرط أن يباع الحبس إن احتيج إليه، صح الحبس في مذهب الظاهرية، لخروجه بهذا اللفظ إلى الله تعالى، وبطل الشرط؛ لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى، وهما فعلان متغايران إلا أن يقول: لا أحبس هذا الحبس إلا بشرط أن يباع، فهذا لم يحبس شيئا؛ لأن كل حبس لم ينعقد إلا على باطل فلم ينعقد أصلا[٣].

٨- لو اشترط الواقف أن يبيع الوقف متى شاء، بطل الشرط، ويلغو توقيته، ويتأبّد كالخيار[٤] إذ الأصل أن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) التوظيف: هو شيء من الظلم كالمكس يؤخذ كل سنة على الدار، كما في بعض البلاد أن كل عتبة عليها دينار حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٨٩/٧.

(٢) شرح مختصر خليل للخرشي ٩٣/٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٨٩/٧.

(٣) المحلى لابن حزم ١٦١/٨.

(٤) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ١٥٢/٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٦

نص الضابط: الأصلُ أنّ شُرُوطَ الواقفِ مَرْعِيّةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- شرائط الواقف معتبرة إذا لم تخالف الشرع[٢].

٢- شرطُ الواقف كنص الشارع[٣].

٣- مبنى الوقف على اتباع شرط الواقف[٤].

٤- كلُّ ما شَرَط الواقف في وقفه - من الشروط السائغة - يَلزم متابعتُه[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- الشرط المكروه في الوقف باطل[٦]. (متفرع).

٢- الشرط المنافي لمقتضى الوقف يبطل الوقف[٧]. (قيد).

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٥/٣٣٤.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/٣٤٣.

(٣) الشرح الصغير للدردير ٤/١٢٠ وسيأتي في الشرح بيان توجيهها.

(٤) الإقناع للشربيني ٢/٣٦٣ وفيه أيضًا في الموضع نفسه: "الوقف على ما شَرَط الواقف".

(٥) القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٤٥٩-٤٦٠.

(٦) انظر: الإنصاف للمرداوي ٧/٥٥.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٥٣.

شرح الضابط:

موضوع الضابط كما هو واضح من صيغته، يتعلق بالشروط التي يشترطها الواقف في وقفه.

وقد اتفق جمهور الفقهاء على أن ما يشترطه الواقف من الشروط المشروعة والخصوصيات والكيفيات التي يضعها في وثيقة الوقفية: تُحتَرَم ويُرجَع إليها، ولا يجوز تغييرها، بل يجب إجراؤها كما هي، كأن يَشترط الواقف تقديمَ بعض الموقوف عليهم أو تأخيرَهم؛ أو يَشترط تسويةً بينهم أو تفضيلاً؛ أو جمعًا وترتيبًا للموقوف عليهم، أو إدخالَ بعض الموقوف عليهم بذكر صفةٍ معيّنة في حقهم، وإخراجَ غيرهم لكونهم ليسوا متصفين بتلك الصفة، ونحو ذلك (وسيأتي التمثيل لذلك في الفقرات القادمة)، فيجب العمل في كل ذلك بما شرطه الواقف ما لم يؤدِّ إلى الإخلال بمقصود شرعي ينافي مقتضى الوقف[1] فلو شَرَط الواقف مثلا أن يَبيع الوقفَ متى شاء، بطل الوقف[2]، لأنه شرطٌ منافٍ لمقصود الوقف.

مثال التقديم والتأخير كقول الواقف: وقفتُ على أولادي بشرط أن يقدَّم الأورع منهم، فإن فَضَل شيء كان للباقين.

ومثال التسوية كقوله: بشرط أن يُصرف لكل واحد منهم مائة درهم.

ومثال التفضيل كقوله: بشرط أن يُصرف لزيد مائة، ولعمرو خمسون.

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٢٨/٢، الفتاوى الهندية ٣٩٧/٢، روضة الطالبين ٣٣٤/٥، الإقناع للشربيني ٣٦٣/٢، القوانين الفقهية ص ٢٤٤، الشرح الصغير للدردير ١١٩/٤، الروض المربع ٤٦٢/٢-٤٧٠، منار السبيل ١٢/٢، القواعد الفقهية لخالد الزرعي ٧٢/١، البحر الزخار ١٥٣/٥، شرح النيل لأطفيش ٤٦١/١٢، شرائع الإسلام للحلي ١٧١/٢-١٧٢، القواعد الفقهية عند الإمامية ٤٥٩/١-٤٦٠.

(٢) انظر: التنبيه للشيرازي ص ١٣٧.

ومثال الجمع والترتيب معًا كقوله: وقفتُ على أولادي وأولاد أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولادهم ثم على أولاد أولادهم ما تناسلوا فيكون (الأولاد وأولاد الأولاد) مشتركين، ومن بعدهم يكونون مرتبين.

ومثال الجمع فقط كقوله: وقفتُ على أولادي وأولادهم فإن ذلك يقتضي التسوية في أصل الإعطاء والمقدار بين الكل، وهو جميع أفراد الأولاد وأولادهم، ذكورهم وإناثهم، لأن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب(١).

ومثال الترتيب فقط كقوله: وقفتُ على أولادي ثم على أولاد أولادي، أو الأعلى فالأعلى، أو الأول فالأول، أو الأقرب فالأقرب، فيجب اتباع هذا الترتيب لدلالة اللفظ عليه.

ومثال الإدخال بصفة والإخراج بصفة كأن يقول: وقفتُ على بناتي الأرامل، أو أولادي الفقراء، فلا تدخل البنت المتزوجة، ولا يدخل الولد الغني فلو أصبحت المتزوجةُ أرملةً، أو أصبح الولد الغني فقيرًا: عاد الاستحقاق في الوقف إليهما(٢).

فإن جُهل شرط الواقف، عُمل بالعادة الجارية، لأن العادة المستمرة المستقرة تدل على شرط الواقف، فإن لم تكن عادةٌ ولا عرفٌ ببلد الواقف، يُعمل بالتساوي بين المستحقين لثبوت الشركة دون التفضيل(٣).

هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فيما يتعلق بشروط الواقف.

وذهب ابن حزم إلى أنه لا يُعتبر من شرط الواقف إلا ما يشهد له نص أو إجماع، وإلا فهو شرط باطل، تمسكا بظاهر حديث «ما كان من شرط ليس في

---

(١) هكذا صرح الشربيني في الإقناع ٢/٣٦٣ وقال عما ذكره من دلالة حرف الواو: "هو الصحيح عند الأصوليين وعليه إجماع النحاة".

(٢) الأمثلة السابقة كلها مستفادة من الإقناع للشربيني ٢/٣٦٣.

(٣) انظر: منار السبيل ٢/١٢، طريق الوصول إلى العلم بالمأمول لابن سعدي ص ١٠٠.

كتاب الله، فهو باطل»[١]، وفي هذا يقول ابن حزم: «كل شرط اشترطه إنسانٌ على نفسه، أو لها على غيره، فهو باطل، لا يلزم من التزمه أصلا إلا أن يكون النص أو الإجماع قد ورد أحدهما بجواز التزام ذلك الشرط بعينه أو بإلزامه»[٢]، وبنى على هذا بطلان مثل هذه الشروط في عقود مختلفة، فذكر أمثلتها، ومنها قوله في الشروط المتعلقة بالوقف: «كل شرط شرطه المحبِّس في الحبس، من أجَلٍ محدودٍ، أو من بيعِه إن احتيج، كلُّ ذلك باطل، لِما ذكرنا»[٣].

ومما يؤيد مسلك ابن حزم هذا، أنه يقول في «المحلى» في باب الأحباس: «ومن حَبَّس وشَرَط أن يباع إن احتيج، صح الحبس، وبطل الشرط، لأنه شرط ليس في كتاب الله تعالى»[٤].

ويقول أيضًا: «والتسوية بين الولد فرضٌ في الحبس، لقول رسول الله ﷺ: «اعدِلوا بين أبنائكم»»[٥] قال: «فإنْ خَصّ به بعض بنيه فالحبس صحيح، ويدخل سائر الولد في الغلة والسكنى مع الذي خصّه»[٦] فلم يَعتبر هنا شرط تخصيص بعض الأولاد بالوقف، لأنه شرط مخالف لنص الحديث الذي ذكره.

هذا ومما تجدر الإشارة إليه هنا، ما يتعلق بتوضيح الصيغة التي اشتُهرت من صيغ هذا الضابط بعبارة: «شرطُ الواقف كنص الشارع»[٧] أو «نصُّ الواقف كنص الشارع[٨]، فإنها بظاهرها كانت محلَّ استنكار لدى بعض أهل العلم كابن

(١) رواه البخاري٣/٧١ (٢١٥٥)، ومسلم ٢/١١٤١-١١٤٢ (١٥٠٤) (٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.
(٢) الإحكام لابن حزم ٥/٣٠.
(٣) الإحكام ٥/٤٥ وقوله "لما ذكرنا" أي لأنها شروط لم يأتِ بإباحتها نص ولا إجماع.
(٤) المحلى لابن حزم ٨/١٦١ (الأحباس).
(٥) سنن النسائي ٦/٢٦٢ من حديث النعمان بن بَشير رضي الله عنهما.
(٦) المحلى ٨/١٥٩.
(٧) الشرح الصغير للدردير ٤/١٢٠.
(٨) منار السبيل ٢/١٣، الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٣٣٣.

القيم[1]، لِما تُوهمه خلافَ ما أراده الفقهاء من إطلاقهم لها.

والجواب عنها أن المراد بها: أن شرط الواقف كنص الشارع في لزوم العمل به فقط، لا أنه كنص الشارع في المرتبة والقداسة والحجية وبهذا أجاب ابن القيم نفسه بعد استنكاره لها، فقال:

«ثم من العجب العجاب قولُ من يقول: إن شروط الواقف كنصوص الشارع! ونحن نبرأ إلى الله من هذا القول، ونعتذرُ مما جاء به قائلُه، ولا نعدلُ بنصوص الشارع غيرَها أبدًا وإنّ أحسنَ الظن بقائل هذا القول: حملُ كلامه على أنها كنصوص الشارع في الدلالة، وتخصيص عامِّها بخاصّها، وحمل مُطلَقها على مُقيَّدِها، واعتبار مفهومها كما يُعتبر منطوقُها وأما أن تكون كنصوصه في وجوب الاتّباع وتأثيمِ من أخَلَّ بشيء منها، فلا يُظن ذلك بمن له نسبةٌ مّا إلى العلم»[2].

وكذا أجاب بهذا أيضًا الحمويُّ في «غمز عيون البصائر»، فقال: «قولهم: (شرطُ الواقف كنص الشارع): لم يُرَدْ به أنه مثلُه من كل الوجوه، تعالى الله أن يُشبَّه كلامُ الناس بكلامه عمومًا، وإنما شبّهوه به في لزوم اتباعه بأمر الشارع فيما لا يخالف الشرع»[3].

---

(١) في إعلام الموقعين ٣١٥/١.

(٢) إعلام الموقعين ٣١٥/١.

(٣) غمز عيون البصائر ٤٢٥/١-٤٢٦ وقال فيه أيضًا ٣٣٤/١: "قول العلماء: "شرط الواقف كنص الشارع" قيل: أراد به في لزوم العمل، وذلك أيضًا بأمر الله تعالى وحكمه، فلا يلزم عليه إنكار بعض المحصِّلين في زماننا حيث قال: هذه كلمة شنيعة غير صحيحة" وانظر: الدر المختار للحصكفي ٤٣٤/٤ وحاشية ابن عابدين ٣٦٦/٤ والمبدع لابن مفلح ٢٥٢/٥.

أدلة الضابط :

١- حديث «المسلمون على شروطهم»[(١)].

وأما حديث: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[(٢)] – والذي تمسك به ابن حزم في إبطال شروط الواقفين إذا لم يأتِ بها نص أو إجماع – فليس معناه على ما ذهب إليه هو، بل المراد بكلمة «ليس في كتاب الله» أي ليس مشروعا في كتاب الله تأصيلا ولا تفصيلا كما قاله القرطبي[(٣)].

وقال ابن خزيمة: «ليس في كتاب الله» أي ليس في حكم الله جوازُه أو وجوبُه، لا أنّ كل من شَـرَط شرطا لم ينطق به الكتاب: يبطل!»[(٤)].

وقال ابن بطال: قوله: «كل شرط ليس فى كتاب الله» معناه: فى حكم الله وقضائه - من كتابه وسنةِ رسوله ﷺ وإجماعِ الأمة- فهو باطل»[(٥)].

٢- حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر فأَتَى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال: يا رسول الله إني أصبتُ أرضا بخيبر لم أُصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئتَ حَبَّستَ أصلها وتصدّقتَ بها» قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، لا

---

(١) رواه الترمذي٣/٦٣٤-٦٣٥(١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨(٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علقه البخاري بلفظ "المسلمون عند شروطهم" ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة انظر: التلخيص الحبير ٣/٥٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) المفهم للقرطبي (باب إنما الولاء لمن أعتق)، فتح الباري لابن حجر ٥/١٨٨.

(٤) نقله عنه ابن حجر في فتح الباري ٥/١٨٨.

(٥) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٧/٧٩.

جناح على من وَلِـيَها أن يأكل منها بالمعروف ويُـطعِم غيرَ متموِّلٍ[١].

وقد استدل البخاري بهذا الحديث على موضوع الضابط محل البحث، حيث عقد عليه بابا بعنوان «باب الشروط في الوقف»[٢].

وقال النووي عن الحديث: «وفيه أن الوقف لا يباع ولا يوهب ولا يورث، إنما يتبع فيه شرط الواقف قال: «وفيه صحة شروط الواقف»[٣] وقال البهوتي عن هذا الحديث نفسه وما اشترطه عمر رضي الله عنه فيه: ولو لم يجب اتباع شرطه لم يكن في اشتراطه فائدة»[٤].

٣ـ حديث عثمان رضي الله عنه، قال النبى ﷺ: «مَن يَشتري بئر رُومة فيكون دلوُه فيها كدلاء المسلمين»، فاشتراها عثمان[٥].

قال ابن بطال: «وقوله: «فيكون دلوه فيها كدلاء المسلمين» يعنى: يجعلها حبسًا لله، ويكون حظه منها كحظ غيره ممن لم يُحبّسها، ولا يكون له فيها مزية على غيره»[٦].

وقد استدل البخاري بهذا الحديث على جواز اشتراط الواقف لنفسه منفعةً من وقفه[٧]، حيث أخرجه تحت «باب إذا وقف أرضا أو بئرا واشترط لنفسه مثل

---

(١) رواه البخاري ١٩٨/٣ (٢٧٣٧) وفي مواضع، ومسلم ١٢٥٥/٣ (١٦٣٢).

(٢) صحيح البخاري ١٩٨/٣.

(٣) شرح النووي على صحيح مسلم ٨٦/١١ وانظر: عمدة القاري للعيني ٢٥/١٤.

(٤) انظر: الروض المربع ٤٦٢/٢.

(٥) ذكره البخاري تعليقًا ١٠٩/٣ عقيب (٢٣٥٠)، وقد رواه أحمد ٥٥٨/١- ٥٥٩ (٥٥٥)، والترمذي ٦٢٧/٥- ٦٢٨ (٣٧٠٣)، والنسائي ٢٣٥/٦- ٢٣٦ (٣٦٠٨)، وفي الكبرى له ١٤٣/٦- ١٤٤ (٦٤٠٢)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٦) شرح ابن بطال ٤٩٢/٦.

(٧) صحيح البخاري ١٠٢١/٣، شرح النيل ٤٦١/١٢.

دلاء المسلمين» قال ابن بطال: «لا خلاف بين العلماء أن من شَرَط لنفسه ولورثته نصيبًا فى وقفه، أن ذلك جائز»(١).

٤ـ التعامل بالشروط في الوقف:

علق الإمام البخاري في (باب إذا وقف أرضا أو بئرا واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين) آثارًا عن بعض الصحابة رضي الله عنهم، تدل على انتفاعهم بما أوقفوه من العقار تبعا لاشتراطهم في الوقف، فدل ذلك على أصل جواز الشروط في الوقف، وأنه يُتبع في ذلك ما اشترطه الواقف فيما يوافق الشرع فمن ذلك:

- أن الزبير بن العوام رضي الله عنه تصدّق بدُوره على ولده، لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث، وأن للمردودة من بناته - أي المطلّقة - أن تسكن غيرَ مُضِرةٍ ولا مُضَرًا بها، فإنْ استغنت بزوجٍ فلا حق لها فيه(٢).
- وجعل عبد الله بن عمر نصيبه من دار أبيه عمر، سكنى لذوي الحاجة من آل عبد الله(٣).

تطبيقات الضابط :

١- قال ابن بطال: «للواقف أن يشترط فى وقفه ما شاء إذا أخرجه من يده إلى متولي النظر فيه، فيجعله فى صنف واحد أو أصناف مختلفة، إن شاء في الأغنياء أو في الفقراء، وإن شاء فى الأقارب أو الأباعد، وإن

(١) شرح ابن بطال ٢٠٣/٨ وانظر: الفتاوى الهندية ٣٩٧/٢.

(٢) صحيح البخاري ١٣/٤، ووصله الدارمي في سننه ٢٠٧٩/٤ (٣٣٤٣)، والبيهقي في الكبرى ١٦٦/٦ (١٢٢٨١).

(٣) صحيح البخاري ١٣/٤، ووصله ابن سعد في الطبقات ١٢٢/٤ ولفظه "تصدق ابن عمر بداره محبوسة لا تباع ولا توهب ومن سكنها من ولده لا يخرج منها ثم سكنها ابن عمر:

شاء في إناث بيته دون الذكور، أو الذكور دون الإناث، وإن كان يستحب له التسوية بين بنيه»(١).

٢- لو قال الواقف مثلا: إذا حدث عليّ الموتُ وعليّ دَينٌ، يُبدأ من غلة هذا الوقف بقضاء ما عليّ، فما فضل فعلى سبيله، فذلك جائز(٢) ولو شَرَط أنّ له أن ينفق على نفسه وولده، ويقضي دَينه من غلته، فإذا حدث به الموت كانت غلة هذه الضيعة لفلان بن فلان وولده وولد ولده ونسله وعقبه، فهو جائز على ما اشترط(٣) وكذا لو وقف وقفا على الفقراء وشَرَط فيه أن له أن يأكل ويُؤكِّل ما دام حيا، فإذا مات كان لولده وكذلك لولد ولده أبدا ما تناسلوا، جاز الوقف على هذا الشرط(٤).

٣- يُعمل بشرط الواقف في إيجار الوقف أو عدمه، وفي قدر مدة الإيجار، فلا يزاد على ما قدر إلا عند الضرورة(٥).

٤- إذا شَرَط الواقف أن لا ينزل في الوقف فاسق أو شرير ونحوه، يُعمل بشرطه لأنه ثبت بوقفه، فيجب أن يُتبع فيه شرطُه(٦).

٥- إن خصّص الواقف مقبرةً أو مدرسةً أو إمامتَها بأهل مذهبٍ أو بلدٍ أو قبيلةٍ، تخصصت به، عملا بشرطه(٧).

٦- متى وُجد شرط الترتيب في الوقف على الأولاد، بأن يقول الواقف:

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال ١٣٩/٨.
(٢) الفتاوى الهندية ٣٩٨/٢.
(٣) الفتاوى الهندية ٣٩٨/٢.
(٤) الفتاوى الهندية ٣٩٨/٢.
(٥) انظر: الروض المربع ٤٦٧/٢، منار السبيل ١٣/٢.
(٦) انظر: الروض المربع ٤٦٨/٢، منار السبيل ١٣/٢.
(٧) انظر: منار السبيل ١٣/٢، الشرح الصغير للدردير ١١٩/٤.

وقفت على أولادي ثم أولادهم ونحوه؛ فلا يُصرف للبطن الثاني شيء ما بقي من البطن الأول أحد، وهكذا في جميع البطون: لا يُصرف إلى بطنٍ وهناك من هو أقرب منه، إلا أن يقول الواقف: «مَنْ مات من أولادي فنصيبه لولده» فـيُتبع شرطه[1].

٧- لو شَرَط الواقف أنه إن احتاج من حُبِّس عليه إلى البيع من الوقف، باع؛ يُعمل بشرطه أو شَرَط أنه إن تسلط عليه – أي على الوقف – ظالمٌ، رجع الوقف ملكا له إن كان حيا، أو ملكًا لوارثه إن مات الواقف، أو رجع لفلان ملكًا، فإنه يُعمل بشرطه في كل ذلك[2].

٨- تُصرف نفقة الموقوف ومؤونة تجهيزه وعمارته من حيث شَرَطها الواقف سواءٌ من ماله أو من مال الوقف، وإلا فمن منافع الموقوف كغلة العقار[3].

٩- إذا شَرَط الواقف نظارة الوقف لنفسه أو لغيره اتُّبع شرطه، وإلا فهي للقاضي وإذا أَطلق الواقف للناظر الوظائف المتعلقة بالوقف فهي كذلك، فإن فَوَّض له بعضها اقتصر الناظر على ما شَرَطه له ولم يتعدّه[4].

١٠- يـجوز صـرف غلة الوقف لبني هاشم إذا كان الواقف شَرَطها لهم[5].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: الإقناع للشربيني ٢/٣٦٤.
(٢) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤/١٢٠.
(٣) انظر: الإقناع للشربيني ٢/٣٦٤.
(٤) انظر: الإقناع للشربيني ٢/٣٦٤، التنبيه للشيرازي ص ١٣٧.
(٥) انظر: غمز عيون البصائر ٢/٥٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٧

نص الضابط: الشَّرْطُ الـمُنَافِي لِمُقْتَضَى الـوَقْفِ يُبْطِلُ الـوَقْفَ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل[٢]. (أعم).

٢- ما خالف مقتضى العقد فهو باطل[٣]. (أعم).

٣- الشروط التي لا تنافي مقتضى الوقف يعمل بها في الوقف[٤]. (أعم).

٤- الوقف لا يحتمل التعليق بالخطر[٥]. (أخص).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٥٣، مطالب أولي النهى ٤/٢٩٤.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/١٤٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٥.

(٣) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٦، وانظر قاعدة: "كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ١٠/٧٧ ولفظه "وإنما يرجع إلى شرط في النذر وهو يعمل فيه بالشروط التي لا تنافي مقتضاه كما في الوصية والوقف".

(٥) رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٤٨، وانظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/١٣٣، غمز عيون البصائر للحموي ٤/٤٤، تحفة المحتاج ٦/٢٥٥، فتاوى السبكي ٢/١٧٠، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٥٠، المغني لابن قدامة ٥/٣٦٥، وانظر الضابط: "الوقف لا يحتمل التأقيت ولا التعليق بالخطر"، في قسم الضوابط الفقهية.

شرح الضابط :

هذا الضابط يعتبر من الركائز الأساسية في باب الوقف لكثرة ما يتعلق به من الأحكام.

فالوقف من الأمور التي تكثر فيها الشروط سواء كانت الشروط معتبرة أو غير معتبرة؛ مما يتطلب وضع ضابط يفصِل بين المعتبر منها وغير المعتبر.

ومفاد الضابط أن الشرط الذي ينافي مقتضى الوقف يبطله ـ كما هو الظاهر من التطبيقات الآتية؛ لأنه داخل في قاعدة كلية وهي أن «ما خالف مقتضى العقد فهو باطل»[1].

وقال المالكية: يبطل الشرط المنافي لمقتضى الوقف، ويلزم الوقف؛ لأن الأصل في العقود اللزوم»[2]، وسبق مذهب الحنفية القائل بأن الوقف لا يبطل بالشروط الفاسدة.

ثم محل تأثير هذه الشروط من جهة الفساد عند من يرى ذلك هو: أن تقع مقارنة للعقد[3]، قال في الفروع: وإن شرط ما ينافي مقتضاه، قال ابن عقيل وغيره: في العقد وقال بعد ذلك بأسطر: ويعتبر مقارنة الشرط[4].

أما الظاهرية فالشروط عندهم باطلة أصلا إلا ما كان منها في كتاب الله أو سنة رسوله ﷺ[5].

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٦.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٦.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ٤/٣٥٤.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٤/٣٥٤.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٨/١٥٠- ١٥١.

أدلة الضابط :

قاعدة: «كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل»(١)، وأدلتها؛ ووجه ذلك أن الوقف إذا اقترن بشرط ينافيه، فقد أقعده عن تحصيل مقصوده، فيبطل.

تطبيقات الضابط :

١- لو شرط الواقف في صيغة العقد تغيير شرطه متى شاء لم يصح الوقف؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف(٢) مثل أن يشترط في صيغة وقفه أن يبيع الوقف متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه، فلم يصح الشرط، ولا الوقف؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف(٣).

وعند المالكية يراعى شرط الواقف في ذلك، قال الدسوقي: يلزم الوقفُ ولو لم يُحَز، فإذا أراد الواقف الرجوع في الوقف لا يُمكَّن من ذلك، وإذا لم يُحَز عنه أُجْبر على إخراجه من تحت يده للموقوف عليه(٤).

وقال الدردير: إذا شرط الواقف لنفسه الرجوع أو البيع إن احتاج له، فله ذلك(٥).

٢- إذا شرط الواقف الخيار في الوقف، كأن يقول: وقفته بشرط الخيار أبدا أو مدة معينة، فإنه يفسد ولا يصح عند كلٍّ من الشافعية

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٤٣/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٨٥.
(٢) انظر: كشاف القناع ٢٥١/٤، مطالب أولي النهى للرحيباني ٢٩٤/٤.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٣٥٣/٥، شرائع الإسلام للحلي ١٧١/٢ وفيه "لو شرط عوده إليه عند حاجته صح الشرط وبطل الوقف".
(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧٥/٤.
(٥) انظر: الشرح الكبير للدردير ٨٢/٤.

والحنابلة؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح[(١)].

واختلف في ذلك المالكية، فجوَّز بعضهم شرط الخيار في الوقف، قال الدسوقي: واعلم أنه يلزم ولو قال الواقف: ولي الخيار كما قال ابن الحاجب وذكر ابن عبد السلام بأنه ينبغي أن يوفى له بشرطه كما قالوا: إنه يوفى له بشرطه إذا شرط أنه إن تسور عليه قاض رجع له، وأن من احتاج من المحبس عليهم باع[(٢)].

وفي الذخيرة للقرافي: «فرع - في الجواهر: لو شرط في الوقف الخيار في الرجوع بطل شرطه ولزم الوقف؛ لأن الأصل في العقود اللزوم»[(٣)].

٣- إذا شرط الواقف في الوقف على الناظر أن يخرج من شاء من أهل الوقف، ويدخل من شاء من غيرهم، لم يصح؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف، فأفسده، كما لو شرط أن لا ينتفع به[(٤)].

٤- ذهب الحنابلة في القول الصحيح من مذهبهم إلى أن الواقف لو شرط تحويل الوقف عن الموقوف عليه إلى غيره بأن قال: وقفت داري على كذا على أن أحوِّلها عن هذه الجهة، أو عن الوقفية بأن أرجع فيها متى شئت، فإن الوقف لا يصح بذلك؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف[(٥)].

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٥/٣٧٥، المغني لابن قدامة ٥/٣٥٣، كشاف القناع ٤/٢٥١، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٩٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٧٥.

(٣) الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٦.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٣٥٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٤١١- ٤١٢، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٧١.

(٥) انظر: كشاف القناع ٤/٢٥١، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٩٤.

٥- لو وقف شخص أرضا يملكها على أن يكون له أصلها أو على أن لا يزول ملكه عنها أو على أن يبيع أصلها ويتصدق بثمنها، كان الوقف باطلا[١] لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٠٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٨

نص الضابط : الوَقْفُ لَا يَحْتَمِلُ التَّأْقِيتَ ولَا التَّعْلِيقَ بِالـخَطَرِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الوقف لا يجوز إلا مؤبدا[٢].

٢- تعليق الوقف بالشرط باطل[٣].

٣- الوقف المقترن بالمدة باطل[٤].

٤- التأقيت في الوقف يبطل الوقف[٥].

٥- تعليق الوقف بصفة متوقعة يبطله[٦].

---

(١) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٤٨، وانظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤/١٣٣، غمز عيون البصائر للحموي ٤/٤٤، تحفة المحتاج ٦/٢٥٥، فتاوى السبكي ٢/١٧٠، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٥٠، المغني لابن قدامة ٥/٣٦٥.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٤/٣٥١.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٠٢.

(٤) انظر: شرائع الإسلام ٢/١٧٠.

(٥) انظر: البجيرمي على المنهاج ٣/٢٠٥- ٢٠٦، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٥٠- ٢٥٤.

(٦) انظر: شرائع الإسلام ٢/١٧٠.

٦- لا يصح تعليق أصل الوقف بشرط مستقبل(١).

صيغ ذات علاقة :

الشرط المنافي لمقتضى الوقف يبطل الوقف(٢). (أعم).

شرح الضابط :

اتجّه جمهور الفقهاء إلى أن الوقف مبناه على الجزم والبتّ بحيث لا يجوز تأقيته ولا تعليقه بالشرط عندهم خلافا للمالكية.

فلا يجوز عند الحنفية تعليق الوقف على شرط، مثل أن يقول: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين؛ لاشتراطهم التنجيز فيه(٣).

كما لا يجوز عند الشافعية ولا يصح تعليق الوقف فيما لا يضاهي التحرير(٤)، كقوله: إذا جاء زيد فقد وقفت كذا على كذا؛ لأنه عقد يقتضي نقل الملك في الموقوف لله تعالى أو للموقوف عليه حالا كالبيع والهبة.

أما ما يضاهي التحرير، كجعلته مسجدا إذا جاء رمضان، فالظاهر صحته.

ومحل ذلك ما لم يعلقه بالموت، فإن علقه به كوقفت داري بعد موتي على الفقراء فإنه يصح وكأنه وصية لقول القفّال: لو عرضها للبيع كان رجوعا(٥).

---

(١) البحر الزخار لابن المرتضى ١٦١/٥.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٣٥٣/٥، مطالب أولي النهى ٢٩٤/٤، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين علي الدر المختار ٣٦٢/٣.

(٤) جهة التحرير: هي الجهة المُشْبِهَةُ للتحرير في أنه إخراج عن ملك الواقف لا إلى مالك ولو باعتبار المنافع، كالمسجد والرباط والمدرسة والمقبرة، لمشابهتها في كون الحق فيها لله تعالى انظر: شرح البهجة الوردية ٣٧١/٣.

(٥) انظر: نهاية المحتاج ٣٧٢/٥.

وأما الحنابلة : فلم يجوِّزوا تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فداري وقف أو فرسي حبيس، ونحو ذلك؛ لأنه نقل للملك فيما لم يُبْنَ على التغلِيبِ والسِّراية فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة

وذكر ابن قدامة أنه لا يعلم في هذا خلافا.

وسوى المتأخرون من الحنابلة بين تعليقه بالموت وتعليقه بشرط في الحياة

وأما تعليق انتهاء الوقف بوقت كقوله : داري وقف إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج، فلا يصح في أحد الوجهين؛ لأنه ينافي مقتضى الوقف وهو التأبيد.

وفي الوجه الآخر : يصح لأنه منقطع الانتهاء[(١)].

وأما المالكية فجوزوا تعليقه؛ لعدم اشتراطهم التنجيز فيه قياسا على العتق[(٢)].

كما لا يصح عند الجمهور تأقيت الوقف أيضًا؛ لأن من شروطه عندهم التنجيز في الحال فلا يصح توقيته بمدة زمنية يكون فيها لازما، كما لا يحتمل الإضافة إلى ما يستقبل من الزمان[(٣)].

أما المالكية فلا يشترطون التنجيز في الوقف[(٤)].

والظاهر أن سبب الخلاف بين الجمهور والمالكية هو تعارض الأقيسة فيما بينها كما مرّ.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٦٢٨.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٤/٨٧ وفيها "بل يصح فيه التأجيل".

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٣٣، الفتاوى الهندية ٤/٣٩٦.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٦.

أدلة الضابط :

١- لأن الوقف نقلٌ للملك فيما لم يُبْنَ على التغليبِ والسِّراية، فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة[١] لما في التعليق من منافاة مقتضى عقد الوقف.

٢- ولأنه عقد يقتضي نقل الملك في الموقوف لله تعالى أو للموقوف عليه حالاً كالبيع والهبة[٢] وما كان هذا حاله لا يقبل التعليق ولا التأقيت لمنافاة مقتضاه، بل ينجز في الحال.

٣- ولأن وضع الوقف على التأبيد سواء في ذلك طويل المدة أو قصيرها[٣] والتأقيت ينافي التأبيد[٤].

تطبيقات الضابط :

١- لو قال الواقف في عقد الوقف: إن قدم ولدي أو فلان، فداري صدقة موقوفة على المساكين، فجاء ولده أو فلان، لا تصير وقفا؛ لأن شرط الوقف أن يكون منجزا؛ لأنه عقد يقتضي نقل الملك إلى الله تعالى أو للموقوف عليه حالاً[٥] فلا يحتمل التعليق بالخطر.

٢- إذا قال الواقف: إذا جاء غد، أو رأس الشهر، أو إذا كلمت فلانا أو إذا تزوجت فلانة، فأرضي صدقة موقوفة، يكون باطلا؛ لأنه تعليق،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦٦.

(٢) تحفة المحتاج ٦/٢٥٥.

(٣) انظر: نهاية المحتاج ٥/٣٧٣.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٥٤.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥/٢٤٨، نهاية المحتاج ٥/٣٧٥، تحفة المحتاج ٦/٢٥٥، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٧١.

والوقف لا يحتمل التعليق بالخطر[١].

٣- لو قال الواقف: أرضي هذه صدقة موقوفة إن شئتُ أو أحببتُ أو رضيت أو هويت، يكون الوقف باطلا؛ لتعليقه على شرط، والوقف لا يعلق على الشرط[٢].

٤- إذا قال الواقف: وقفت هذه الدار، أو هذه الأرض مدة سنة، أو إلى سنة، لم يصح الوقف[٣] لأنه لا يصح تعليق أصل الوقف بشرط مستقبل.

٥- إذا قال الواقف: وقفت هذه الدار إلى أن يقدم الحاج، أو يفرك الزرع، أو غير ذلك لم يصح[٤] لأنه تعليق على شرط مستقبل، ولا يصح تعليق أصل الوقف بشرط مستقبل.

٦- ويقاس على ما سبق، إذا قال الواقف: وقفت هذه الأرض على شخص أو أشخاص معينين أو على جهة معينة إلى أن تنتهي فترة رئاسة فلان أو إلى أن يتقاعد الواقف نفسه أو غيره، فإن الوقف يكون باطلا.

استثناءات من الضابط :

١- لا أثر للتأقيت الصريح بما لا يحتمل بقاء الدنيا إليه؛ لأن القصد منه التأبيد لا حقيقة التأقيت[٥]، مثاله: لو وقفه على الفقراء ألف سنة أو

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٠٢، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥/٢٤٨، الذخيرة للقرافي ٦/٣٢٦، نهاية المحتاج ٥/٣٧٥، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٧١.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٠٢.

(٣) انظر: حاشية البجيرمي على المنهج ٣/٢٠٥- ٢٠٦، كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٥٤.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٥٤.

(٥) انظر: شرح البهجة الوردية ٦/٢٥٣.

نحوها مما يبعد بقاء الدنيا إليه، صح[١].

٢- لو قال الواقف: جعلت هذه الدار أو الأرض مسجدا سنة فيصح مؤبدا[٢].

٣- لو قال الواقف: وقفت هذه الأرض على زيد سنة ثم على الفقراء، أو إلا أن يلد لي ولد، فيصح الوقف؛ لأنه لا تأثير للتأقيت في هذه الحالة لقوة معنى التأبيد فيها[٣].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: شرح البهجة الوردية ٦/٢٥٣، تحفة المحتاج مع حاشية ابن قاسم العبادي ٦/٢٥٣.
(٢) انظر: شرح البهجة الوردية ٦/٢٥٣، تحفة المحتاج ٦/٢٥٣.
(٣) انظر: شرح البهجة الوردية ٦/٢٥٣، تحفة المحتاج ٦/٢٥٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٣٩

نص الضابط: إذا عَلَّقَ الواقفُ الاستحقاقَ بِصِفةٍ اسْتَحقَّ من اتَّصفَ بِهَا فَإِنْ زَالَتْ عَنْهُ زَالَ اسْتِحْقَاقُهُ وَإِنْ عَادَتْ عَادَ اسْتِحْقَاقُهُ[1].

صيغ ذات علاقة:

١- العبرة بمقاصد الواقفين[2]. (أعم).

٢- شرط الواقف كنصِّ الشارع[3]. (أعم).

شرح الضابط:

هذا الضابط متعلق بركن الصيغة في الوقف.

ذلك أن ألفاظ الواقف ومقاصده وعاداته وشروطه معتبرة في الوقف ما لم تناف الشرع أو العقد.

فإذا علّق الواقف استحقاق الوقف بصفة معينة ـ والصفة هنا غير الصفة

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٤/٢٧٥.

(٢) الفتاوى الفقهية الكبرى لابن تيمية ٣/٢٠٦، وانظر: البحر المحيط للزركشي ٤/٧٧، فتاوى الرملي ٣/٧٥.

(٣) البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٦٦.

النحوية، بل هي هنا ما يفيد قيدا في غيره[١] مثل الفقر، والعلم[٢]- فإن الحق يظل مرتبطا بتلك الصفة وجودا وعدما، فيستحق بوجودها، وينقطع الاستحقاق بانقطاعها؛ لأن انقطاع حق المستحق إما بموته وإما بزوال صفة الاستحقاق، فهو شبيه بانفساخ العقد المزيل للملك[٣].

وهذا هو معنى الإخراج والإدخال بصفة؛ إذ هو جعل الاستحقاق والحرمان مرتبا على وصفٍ مشترَطٍ، فمن اتصف بصفة من صفات الاستحقاق، استحق ما شرط له، فإن زالت تلك الصفة، زال استحقاقه، فإن عادت الصفة، عاد استحقاقه[٤].

وتعليق الاستحقاق في الوقف بالصفة يرجع إلى شرط الواقف؛ فله إخراج من شاء من أهل الوقف مطلقا أو بصفة، كما له إدخال من شاء منهم مطلقا أو بصفة؛ لأنه ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف؛ وإنما علق الاستحقاق بصفة، فكأنه جعل له حقا في الوقف إذا اتصف بإرادته أعطاه، ولم يجعل له حقا إذا انتفت تلك الصفة فيه، وليس هو تعليق للوقف بصفة، بل وقف مطلق، والاستحقاق له صفة[٥].

أدلة الضابط :

١- أن الزبير بن العوام رضي الله عنه تصدّق بدُوره على ولده، لا تُباع ولا تُوهب ولا تُورث، وأن للمردودة من بناته -أي المطلّقة- أن

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/٣٨٥.
(٢) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٣١٧.
(٣) القواعد لابن رجب ص ١٧٦.
(٤) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٣١٨.
(٥) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٣١٧.

تسكن غيرَ مُضِرّةٍ ولا مُضَرًا بها، فإنْ استغنت بزوجٍ فلا حق لها فيه[(١)].

٢- وجعل عبد الله بن عمر نصيبه من دار أبيه عمر، سكنى لذوي الحاجة من آل عبد الله[(٢)].

٣- لأن الحكم يدور مع علته وجودا، وعدما[(٣)].

٤- ولأن شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص[(٤)].

تطبيقات الضابط :

١- الواقف لو قال: وقفتُ على بناتي أو زوجاتي مثلا، وكل من تزوجت منهن سقط حقها، فإن من تزوجت منهن يسقط حقها عملا بشرطه، فإذا تَأَيَّمَتْ بعد ذلك، رجع لها استحقاقها عند المالكية[(٥)]، ووافقهم الشافعية فيما لو وقف على بنته الأرملة، ثم تزوجت ثم تعزبت؛ باعتبار أن له غرضا في أن لا تحتاج ابنته، وخالفوهم في غير الأرملة ممن تزوجت ثم تأيمت بعد ذلك فلا يرجع استحقاقها لانقطاع الديمومة[(٦)]؛ وذلك أن الواقف إذا علَّق الاستحقاق بصفة استحق من اتصف بها، فإن زالت عنه زال استحقاقه، وإن عادت عاد استحقاقه.

---

(١) صحيح البخاري ١٣/٤، ووصله الدارمي في سننه ٢٠٧٩/٤ (٣٣٤٣)، والبيهقي في الكبرى ١٦٦/٦ (١٢٢٨١).

(٢) صحيح البخاري ١٣/٤، ووصله ابن سعد في الطبقات ١٢٢/٤ ولفظه "تصدق ابن عمر بداره محبوسة لا تباع ولا توهب ومن سكنها من ولده لا يخرج منها ثم سكنها ابن عمر".

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٢٧٥/٤.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٣٢٩/٣.

(٥) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٩٥/٤.

(٦) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٣٨٥/٥، تحفة الحبيب للبجيرمي ٢٥٥/٣.

٢- إذا وقف شخص على أشخاص معيَّنِينَ، وشرط أن من سافر منهم لمحلٍّ كذا سقط حقه، فإنه يسقط حق من سافر لذلك المحل، فإن عاد رجع له استحقاقه[١]؛ لأن الواقف إذا علَّق الاستحقاق بصفة استحق من اتصف بها فإن زالت عنه زال استحقاقه وإن عادت عاد استحقاقه.

٣- لو وقف شخص وقفا، قال فيه: هذا الوقف على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين أو إلى أن يفسق بعضهم، جاز ذلك، فلو فسق البعض زال عنه استحقاق الوقف، فلو تاب من فسقه بعد ذلك، فالمعتمد استحقاقه[٢]؛ لأن الواقف إذا علَّق الاستحقاق بصفة استحق من اتصف بها فإن زالت عنه زال استحقاقه وإن عادت عاد استحقاقه.

٤- لو وقف شخص شيئا على المشتغلين بالعلم، استحق من اشتغل به، فإن ترك الاشتغال، زال استحقاقه، فإن عاد إلى الاشتغال، عاد استحقاقه[٣]؛ لأن الواقف إذا علَّق الاستحقاق بصفة استحق من اتصف بها فإن زالت عنه زال استحقاقه وإن عادت عاد استحقاقه، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٩٥.
(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/ ٣٨٥.
(٣) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤/ ٢٧٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٠

نص الضابط: الوَقْفُ لا يُمْلَكُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا تمليك في الوقف[٢].

٢- رقبة الوقف لا تملك[٣].

٣- الوقف يقتضي زوال الملك[٤].

٤- الوقف بعد لزومه لا يقبل الملك[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- كل وقف تعلق به للعباد حق دنيوي، فلا بد لزوال ملك الواقف عنه من حكم الحاكم، وما لا فلا[٦]. (قيد).

٢- رقبة الوقف مملوكة[٧]. مخالفة.

---

(١) تكملة البحر الرائق لابن نجيم ٣٢٧/١٤، المهذب للشيرازي ٣٦٧/٢، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٦/٢٦، المغني لابن قدامة ٢٥٦/٦.

(٢) البحر الزخار لأحمد المرتضى ١٥٧/٣.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٠٣٨/٦.

(٤) الحاوي الكبير ٥٢٥/٩.

(٥) فتح المدبر للسمديسي ٣٩٠/١.

(٦) كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني ٣٤٣/١.

(٧) الحاوي ١٠٣٨/٦.

شرح الضابط :

معنى الضابط : أن الإنسان إذا وقف شيئًا في سبيل الله تعالى، فإن هذا الموقوف يخرج عن ملكه إلى ملك الله تعالى، كما أن الموقوف عليه لا يملك هذا الوقف، وإنما يملك الانتفاع به، دون التصرف فيه من بيع أو تأجير أو هبة أو نحو ذلك.

وهذا ما ذهب إليه ـ في الجملة ـ أبو يوسف و محمد من الحنفية وهو قول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة كما أنه مذهب الزيدية و الإباضية(١).

وذهب أبو حنيفة و المالكية و أحمد ـ في رواية ـ إلى أن الوقف باقٍ على حكم ملك الواقف(٢).

وذهب الشافعية ـ في قول ـ وأكثر الحنابلة وهو مذهب الإمامية إلى أن ملك الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه(٣).

وذهب ابن حزم إلى أنه لا يجوز اشتراط المنع من أن يورث الوقف أو يباع أو يوهب(٤).

---

(١) انظر: البحر الرائق ٣٢٥/١٤، الدر المختار للحصكفي ومعه حاشية ابن عابدين ٣٥٧/٣ - ٣٥٨، مواهب الجليل للحطاب ١٧٧/١٦ ، حاشية البجيرمي على المنهج ٣٩١/٩، نهاية المحتاج للرملي ٣٧٥/٥، المغني ٢٣٥/١١، الإنصاف للمرداوي ٢٢٣/١٠، السيل الجرار للشوكاني ٣٣٥/٣، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى ٢٩٣/٥ ، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣٥١/٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨٨/٢٤.

(٢) انظر: فتح المدبر للسمديسي٤٢٣/١ ، الفواكه الدواني للنفراوي ٤٢٧/٦، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٣٣/٣١.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ١٠٣٨/٦ ، روضة الطالبين للنووي ٢٠٥/١، الإنصاف للمرداوي ٢٢٣/١٠، المقنع لابن قدامة ١٦٢/١ ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ١٥١/٣، تحرير المجلة لكاشف الغطاء ٧٠/٥.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٨١٩/٧.

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا۟ مَعَ ٱللَّهِ أَحَدًا﴾[الجن : ١٨].

وجه الاستدلال : أن اللام في قوله تعالى: ﴿لِلَّهِ﴾ للتمليك، فالمساجد أوقاف مملوكة لله تعالى لا يجوز لأحد أن يتملكها.

٢- ما رَوى ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنه قال: أصاب عمر أرضًا بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله: إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالاً قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» قال: فتصدق بها عمر أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف، ولا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متموِّل(١).

وجه الاستدلال : أن هذه الأرض الموقوفة لما كانت لا تباع ولا توهب ولا تورث، فهي لا تُملك، لأن البيع والهبة والإرث من لوازم الملك.

٣- قول جابر رضي الله عنه: ما أعلم أحدًا كان له مال من المهاجرين والأنصار إلا حبس مالاً من صدقة مؤبدة لا تشترى أبدًا ولا توهب ولا تورث(٢) .

٤- المقصود من الوقف أن يبقى على حكم ملك الله تعالى، والتملك ينافي ذلك، فلا يجوز(٣).

---

(١) رواه البخاري ١٩٨/٣ (٢٧٣٧) وفي مواضع، ومسلم ١٢٥٥/٣ (١٦٣٢).

(٢) أخرجه الخصاف في أحكام الأوقاف ص ٦ ، ط/ ديوان عموم الأوقاف المصرية.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢٠٠/١٠.

تطبيقات الضابط :

١- الموقوف عليه لا يملك الوقف فلا يجوز له بيعه[١].

٢- إذا حلف لا يهب لفلان، فوقف عليه، لم يحنث، في قول عند الشافعية، لأن الوقف لا يُملَك، والهبة تقتضي ملك الموهوب[٢].

٣- لا يجوز أن يورث الوقف، لأن الإرث لا يكون إلا في ملك[٣].

٤- لا يجوز لمتولي الوقف رهنه، لأنه لا يملكه[٤].

٥- إذا وُقفت الدور فلا تجب الزكاة في غلاتها؛ لأنها ليست مملوكة للواقف، والزكاة إنما تجب في المال المملوك[٥] ولو وَقف أربعين شاة على جماعة معينين فلا زكاة عليهم[٦].

٦- الوقف لا تُستحق به الشفعة؛ لأن الموقوف عليه لا يملك الوقف على المذهب عند الشافعية، فليس بشريك في الملك، والشفعة إنما تثبت لشريك الملك[٧].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار ٦/١٩٦، الاختيار للموصلي ٣/٤٣.
(٢) وفي قول عند الشافعية أنه يحنث، بناء على القول بأن الوقف يُملك انظر: البيان للعمراني ١٠/٥٥٤.
(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/٣٨٥، المغني ٥/٦٠٦، الإنصاف ٧/٢٥.
(٤) انظر: تكملة البحر الرائق ١٤/٣٢٥.
(٥) انظر: مواهب الجليل ٦/٢٢٨.
(٦) وهذا على القول بأن الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليهم انظر: روضة الطالبين ١/٢٠٥.
(٧) انظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٣٤٧.

ضوابط باب اللقطة

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤١

نص الضابط: حُكْمُ اللقَطَةِ حُكْمُ الدَّيْنِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- من ملك بالقرض ملك باللقطة[٢].

٢- من صح أن يملك بالقرض صح أن يملك باللقطة[٣].

٣- الملك في اللقطة يجري مجرى الاقتراض[٤].

٤- اللقطة تؤخذ مضمونة ببدل[٥].

صيغ ذات علاقة :

١- اللقطة أمانة في يد الملتقط[٦]. (أخص).

٢- اللقطة لها حكم الوديعة[٧]. (مكمل).

---

(١) النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني ٢/١٣٩.
(٢) المغني لابن قدامة ٦/٨.
(٣) البيان للعمراني ٧/٥٣٢.
(٤) البيان للعمراني ٧/٥٥٥.
(٥) الحاوي للماوردي ٩/١٠.
(٦) مجمع الضمانات ص٢٠٩.
(٧) السيل الجرار للشوكاني ٤/٤٩.

٣- غلات اللقطة ومنافعها إن كانت لها ثمن اتبع الملتقط وإلا فلا[١]. (أخص).

٤- آخذ اللقطة لنفسه في حكم الغاصب[٢]. (أخص).

شرح الضابط:

اللقطة: ما التقط من المال الجماد[٣].

وإنما يلتقط ما خشي فوته من موضع ذهابٍ جَهِلَهُ المالك؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»[٤]، ويحرم الالتقاط إن لم يخش على اللقطة؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «مالك ولها»[٥].

وأقسام اللقطة اثنان: جماد، وحيوان.

والحيوان: إنسان وغير إنسان.

والإنسان إما صغير أو كبير.

فالصغير ـ هو اللقيط ـ ويجب حفظه، والقيام به على المسلمين إذا كان ذلك في بلادهم على سبيل وجوب الكفاية.

ولا يكون الكبير لقطة إلا إذا كان ممن لا يَفهم.

وأما غير الإنسان: فإبل، وبقر، وغنم، وخيل، وبغال، وحمير.

بيان حكمها: فأما الجماد: فاختلف في حكم التقاطه؛ فقيل باستحباب

---

(١) انظر: العقد المنظم لابن سلمون ٢/١٣٩.

(٢) واقعات المفتين لنقيب زاده ١/٧٣.

(٣) البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٢٧٧.

(٤) رواه البخاري ١/٣٠ (٩١) وفي مواضع، ومسلم ٣/١٣٤٦ (١٧٢٢).

(٥) هو من تتمة الحديث السابق.

ذلك مطلقا، وقيل بالتفصيل بين أن يكون بين قوم مأمونين وبين غيرهم ممن ليس كذلك.

فقيل: لا يجب التقاط الجماد إلا أن يكون بين قوم غير مأمونين، والإمام عدل؛ فيجب أخذها بنية الحفظ على من وثق بأمانة نفسه، فإن علم خيانة نفسه حرم الأخذ عليه، وإن ظن ذلك كره له.

وإذا كان بين مأمونين، ووثق بأمانة نفسه، فقيل: يستحب له أخذه بنية الحفظ.

وقيل بكراهة التقاطه؛ إلا أن يكون له قدر وبال.

فإن لم يكن له قدر وبال كالدرهم ونحوه، فقد روي عن مالك الكراهة مطلقا[١].

وخلاصة الضابط : أن اللقطة تجري عليها أحكام الدين من ثبوتها في ذمة ملتقطها حيث استهلكها في مدة التعريف أو بعدها إذا ظهر صاحبها؛ لأنها حقٌّ، والحقوق لا تبطل بتقادم الزمان.

أدلة الضابط :

١- عن زيد بن خالد الجهني قال: «سئل رسول الله ﷺ عن اللقطة؛ الذهب والورِق؟ فقال: «اعرف وكاءها، وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوما من الدهر، فأدها إليه»، وسأله عن ضالة الإبل فقال: «مالك ولها؟ فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها»،

---

(١) انظر: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم لأبي العباس أحمد بن أبي حفص عمر بن إبراهيم الأنصاري القرطبي ١٦/٩٣.

وسأله عن الشاة فقال: «خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب»[١].

وجه الدلالة من الحديث: أن قوله: «ولتكن وديعة عندك» بعد قوله: «استنفقها»؛ معناه: ولتكن في ضمانك على حكم الوديعة؛ يعني: إذا أنفقها المودع عنده فإنه يضمنها، وإلا فإذا أنفقها لم تبق عينها، فكيف تبقى وديعة إلا على ما ذكر؟ وله أن يصرفها في مصالحه من أكل أو انتفاع، وله أن يتصدق بها، ولا بد في هذين من الضمان متى جاء صاحبها.

وإلى هذا ذهب عمر بن الخطاب، وابنه، وابن مسعود، وعائشة، وعطاء، والشافعي، وأحمد وإسحاق، وأبو حنيفة غير أن أبا حنيفة - لم يبح أكلها إلا للفقير[٢].

٢- ولأن الملك لا يستقر في اللقطة[٣].

تطبيقات الضابط :

١- إذا وجد الصبي أو المجنون أو المحجور عليه للسفه لقطة، فالتقطها، صح ذلك، فإن أخذها الولي منه فعَرَّفها حولا، فإن كان المولى عليه ممن يجوز أن يقترض عليه، تملَّكَها له، وإن كان ممن لا يجوز أن يقترض له، فليس له أن يتملَّكها له[٤] لأن حكم اللقطة حكم الدين والمولى عليه إذا كان ممن لا يجوز أن يقترض له فليس له ذمة حتى يتبع بالدين، فإن كان الملتقط هو الصبي فيجب على الولي انتزاع

(١) رواه البخاري ٣/١٢٤ (٢٤٢٨)، ومسلم ٣/١٣٤٩ (١٧٢٢) واللفظ له.

(٢) انظر: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب "مسلم" لأبي العباس أحمد بن أبي حفص عمر بن إبراهيم الأنصاري القرطبي ١٦/٩٩ - ١٠٠.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ٣/٢٤.

(٤) انظر: البيان للعمراني ٧/٥٥٥.

اللقطة من يد الصبي الذي وجدها؛ إذ لا أمانة له؛ لأن في حفظ اللقطة حفظ مال الصبي، لأن الصبي يضمنها من ماله إن تلفت قبل نقلها إلى الولي[١].

٢- المرتهن إذا مات، وورثته يعرفون الرهن، ولا يعرفون الراهن، ويطلبون الخروج عن العهدة، فحكمه حكم اللقطة، فيحفظ حتى يظهر المالك[٢] فإذا قسّموه بينهم ثم ظهر الراهن، كان دينا يجب رده على صاحبه، لأنه ما دام حكمه حكم اللقطة فهي يسلك فيها مسلك الدين.

٣- إذا وجدت اللقطة بين أهل الذمة، فالاحتياط أن لا تدفع إلى أحبارهم إلا بعد التعريف بها استحسانا؛ لغلبة الظن أنها لهم على غير قياس، فإن دفعت إليهم بعد التعريف لها ثم جاء صاحبها، غرموها له[٣]؛ لأن حكم اللقطة حكم الدين.

٤- ما لا يمتنع بنفسه كشاة وعجل وفصيل، فإنه يجوز التقاطه للتملُّك سواء وجد بمفازة أو غيرها، صيانة له عن الخوَنة والسباع، أما الذي يمتنع منها بقوته كبعير وفرس وحمار، أو بعَدْوِهِ كأرنب وظبي، أو بطيرانه كحمام، فإنه متى وجد بمفازة في غير زمن النهْب أو نحوه امتنع التقاطه للتملُّك لخبر زيد السابق، ولأنه مصون بالامتناع عن أكثر السباع، مستغنٍ بالرعي إلى أن يجده مالكه لتطلبه له، فإن التقطه لذلك ضمنه ولا يبرأ بردِّه إلى موضعه[٤]؛ لأن حكم اللقطة حكم الدين.

---

(١) انظر: التاج المذهب للصنعاني ٣/٤٤٤.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨/٢٧٧.

(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/٧٤.

(٤) انظر: البهجة الوردية مع شرحها ٣/٣٩٦.

٥- إذا ملك الملتقط اللقطة بعد الحول، استقبل بها حولا وزكاها على الصحيح من المذهب الحنبلي.

وقال بعضهم: لا تلزم الملتقط زكاتها؛ لأنه مدين بها، حيث ملكها مضمونة عليه بمثلها أو قيمتها، فهي دين عليه في الحقيقة[1] وهذا القول هو الجاري على الضابط.

٦- إذا تصدق الملتقط باللقطة لخشية فسادها، أو بعد التعريف بها، أو تصدق بثمنها، وجب على الملتقط أن يغرم للمالك متى وجد المالك[2]؛ لأن حكم اللقطة حكم الدين، وهو في ذمة المدين.

٧- إذا كان للقيط مال، افتقر الملتقط في الإنفاق عليه إلى إذن الحاكم؛ لأنه لا ولاية له في ماله، فإن بادر فأنفق عليه منه، ضمن؛ لأنه تصرفٌ في مال الغير لا لضرورة[3]؛ ولأن حكم اللقطة حكم الدين، وهو مضمون في الذمة.

استثناءات من الضابط:

١- الشيء التافه الذي لا تتشوف له نفس صاحبة كالتمرة، والكسرة، فإنه لا يحتاج إلى تعريف؛ لأنه مزهود فيه[4].

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداوي ٣/٢٤.

(٢) انظر: التاج المذهب للصنعاني ٣/٤٥٠.

(٣) شرائع الإسلام للحلي ٣/٢٢٦- ٢٢٧.

(٤) انظر: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب "مسلم" لأبي العباس أحمد بن أبي حفص عمر بن إبراهيم الأنصاري القرطبي ١٦/٩٨.

٢- ما لا يبقى من الأطعمة لزمن طويل، ويخاف عليه الفساد، وكان بموضع لا يصلح أن يحفظ فيه، ولا يوجد من يشتريه، فلواجده أكله، ولا ضمان عليه[١].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب "مسلم" لأبي العباس أحمد بن أبي حفص عمر بن إبراهيم الأنصاري القرطبي ١٦/١٠١.

ضوابط باب الإبراء

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٢

نص الضابط: الإبْرَاءُ لا يَكُونُ فِي الأَعْيَانِ[١].

صيغ أخرى للضابط[٢]:

١- الأعيان لا يبرأ منها[٣].

(١) حاشية ابن عابدين ٨/٦٦.

(٢) لقد أورد الفقهاء لهذا الضابط عدة صيغ أخرى من أهمها غير ما ذكر في المتن ما يلي:
البراءة لا تصح في الأعيان الحاوي الكبير للماوردي ٨/١٢٦.
الإبراء عن الأعيان لا يصح لسان الحكام لابن الشحنة ١/١٣٣، نزهة النواظر لابن عابدين١/٤٢٣، فتاوى قاضيخان ٣/٩٠.
الإبراء عن العين لا يصح الذخيرة لابن مازه ٦/٣٩، ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٢١٨، تكملة البحر للطوري ٨/١٢٤.
الإبراء من المعين لا يصح مواهب الجليل للحطاب ٥/٢٣٢.
لا يصح الإبراء عن الأعيان تنوير البصائر للغزي ١/١٧٩/ب.
الحط في الأعيان لا يصح حاشية ابن عابدين ٣/١١٣.
الإبراء عن الأعيان لا يجوز ترتيب اللآلي ١/٢١٢.
الإبراء من العين ليس تمليكا البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٩٦.
الإبراء عن العين باطل ترتيب اللآلي ١/٢١٩.
الإبراء عن الأعيان باطل إبراز الضمائر للأزميري ١/٢٦٧، الفتاوى الخيرية ٢/٨٦.
الإبراء من الأعيان باطل تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٢٦١.
الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا الأعيان العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٥٠.
الإبراء إنما ينصرف إلى الديون لا إلى العيون تنوير البصائر للغزي ١/١٨٠/أ.
الإبراء لا يكون إلا في الديون حاشية البجيرمي ٢/٣٦٦.
التحليل لا يصح إلا فيما يقع في الذمم دون الأعيان عون المعبود لأبي الطيب آبادي ٩/٣٦٤.
عدم جريان الإسقاط في الأعيان درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٣.
الإبراء لا يتناول إلا ما هو في الذمم شرائع الإسلام للحلي ٢/١٤٩.

(٣) حاشية الرملي ١/٤٠٢، حواشي الشرواني ٥/٦٩، حاشية الجمل ٣/٢٧٩.

٢- الأعيان لا تقبل الإبراء[١].

٣- الأعيان لا تسقط بالإبراء[٢].

٤- الأعيان لا توصف بالبراءة[٣].

٥- الإبراء إنما يتوجه إلى ما استقر من الديون في الذمم لا إلى ما في الأيدي من الأعيان[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- حق الآدمي لا يبرأ منه إلا بأدائه أو إبرائه[٥]. (أعم).

٢- الإبراء العام يسقط كل حق[٦]. (أصل مستثنى منه).

٣- الإبراء من العين المضمونة يصيرها أمانة[٧]. (استثناء).

٤- صلح الحطيطة في الدين إبراء وفي العين هبة[٨]. (أخص).

٥- إبراء الوارث من إرثه في الأعيان لا يصح[٩]. (أخص).

---

(١) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٤٣.
(٢) شرح المجلة للأتاسي ٤/٥٨٢.
(٣) حاشيتا قليوبي وعميرة ٣/١٣.
(٤) موسوعة القواعد والضوابط الفقهية لعلي الندوي ٣/٤٤٥.
(٥) شرح مجلة الأحكام للأتاسي ٤/٦٥٠.
(٦) شرح مجلة الأحكام للأتاسي ٤/٦٥٠ وانظر: غمز عيون البصائر ٤/٩، النوازل للوزاني ٤/٢١١ تقريرات البحراوي على الأشباه والنظائر لعبد الرحمن البحراوي ١/٢٥٢/ب، عمدة الناظر شرح الأشباه والنظائر لأبي السعود الحسيني ٢/٥٨٥، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٩/١٧٠.
(٧) شرح الأزهار لابن مفتاح ١/٥٣٦.
(٨) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٥.
(٩) غمز عيون البصائر للحموي ٣/٣٥٤.

شرح الضابط :

الإبراء في اللغة : يرجع إلى أصل التباعد من الشيء ومزايلته، ومنه البرء وهو السلامة من السقم(١) وفي الشرع: هو إزالة حق شرعي له تعلق بالغير(٢).

الأعيان بمعنى الذوات، وقد اشتهر استعمالها لدى الفقهاء بمعنى الأموال الحاضرة، وهي تشمل ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا سواء كانت نقدا كالذهب والفضة أو غيره كالدور والدواب وغيرهما، فهي أموال حاضرة مشخصة عند التعامل، وهي تقابل الديون التي تطلق ويراد بها في اصطلاح الفقهاء الأموال الحكمية التي تثبت في الذمة بعقد أو ضمان أو غيرهما، كمقدار من المال ثابت في ذمة شخص لغيره(٣).

وهذا الضابط بيان لحكم جريان الإبراء في الأموال العينية، ومعناه: أن ما في أيدي العباد من الأموال الحاضرة المشخصة بالذات لا تجري فيها البراءة ولا تتصور فيها ولا توصف بها، وإنما تتوجه البراءة وتنصرف إلى ما استقر من الديون في الذمم(٤).

وبهذا يتقرر أن الأموال العينية لا يتناولها الإبراء ولا تسقط به، وإنما تنتقل فيها الملكية من شخص إلى آخر عن طريق الأسباب الناقلة للملك سواء كانت بعوض كالبيع أو بغير عوض كالهبة(٥).

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس١/٢٣٦.

(٢) انظر: عمدة الناظر لأبي السعود ٢/٥٧١.

(٣) انظر: أحكام الإسقاط للصويعي ص ٢٦٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ٥/٢٦٣.

(٤) انظر: البناية للعيني ٩/٤٨، حاشية الشلبي ٥/٥٠٨، الاختيار للموصلي ٤/١٧٦، مواهب الجليل للحطاب ٥/٢٣٢، الحاوي الكبير للماوردي ٨/٢٠٤، شرح منتهى الإرادات ٢/١٤٣، السيل الجرار للشوكاني ٣/٢١٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٩٦.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٥/٢٥٣، الذخيرة لابن مازه ٦/٣٩، شرح الأزهار ١/٤٩، شرائع الإسلام ٢/١٤٩، التحقيق الباهر ٣/٧٩/أ، شرح المجلة للأتاسي ٤/٥٨٢، المدخل الفقهي لمصطفى الزرقا ١/٣٦٥، أحكام الإسقاط للصويعي ص ٢٦٨.

والمراد بالإبراء هنا أي الخاص الذي يتعلق بعين أو دين على جهة الخصوص، فهو مقبول في الدين مردود في العين وهو موضوع الضابط ومناطه، أما الإبراء العام، وهو إبراء أحد آخر من كافة الدعاوى[١] كقوله: لا حق أو لا دعوى أو لا خصومة لي قِبَلَ فلان، أو هو بريء من حقي، أو لا دعوى لي عليه، أو لا تعلق لي عليه، أو لا أستحق عليه شيئا، أو ليس لي معه أمر شرعي، أو أبرأته من حقي، أو مما لي قِبَلَه، فهو شامل لكافة الحقوق، ومانع من دعوى شيء سابق عليه، عينا كان أو دينا[٢].

وإذا كان الضابط بكافة صيغه يقضي بأن الإبراء الخاص لا يكون في الأعيان، فإن هذا الحكم لا يشمل دعاوى الأموال العينية والضمان المتعلق بها، فالإبراء من دعاوى الأعيان يكون صحيحا[٣]، وعلى ذلك المعنى يحمل الإبراء في الأعيان عند الإطلاق، فالإبراء عن الأعيان المغصوبة يحمل على الإبراء عن ضمانها[٤] والإبراء من الضمان في الأموال العينية عند من يرى صحة الضمان في الأعيان[٥] يكون صحيحا كذلك، ويصيرها أمانات[٦].

---

(١) مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢/٣١٠.

(٢) انظر: تكملة رد المحتار٢/٣٣٠، غمز عيون البصائر ٢/٣٤٤، بلغة السالك ٣/٣٤٢.

(٣) البناية على الهداية للعيني ٩/١١، ترتيب اللآلي ١/٢١٢، مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢/٣١٩، وانظر: التحقيق الباهر شرح الأشباه والنظائر لهبة الله أفندي ٣/٧٩/أ.

(٤) انظر: عمدة ذوي البصائر لبيرى زادة ١/٢٥٢/ب .

(٥) ذهب جمهور الفقهاء إلى أن ضمان الأعيان كالغصوب والودائع والعواري يصح ويلزم، لأنها مضمونة على من هي في يده فأشبهت الدين، خلافا لأحد وجهي الشافعية وهو الظاهر من مذهبهم، لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة، لكن رُدَّ هذا: بأن الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها، وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع، فإن ضمانها يصح مزيد من البيان في ضمان الأعيان انظر: روضة الطالبين ٤/٢٥٥، الحاوي الكبير ٦/٤٣٤، المغني لابن قدامة ٤/٣٤٦، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٧٠، اختلاف الأئمة العلماء لأبي المظفر الشيباني ص ٤٤٢، نشر: دار الكتب العلمية بيروت ١٤٢٣هـ.

(٦) خلافا لما عند الحنفية عن الإمام زفر وعند بعض الشافعية بان الإبراء عن ضمان العين وهي قائمة في يد الذي عليه الحق لا يصح انظر: المبسوط للسرخسي ٢١/١٠٥، حواشي الشرواني ٧/٤٠٩.

وهذا الضابط بالاعتبارات المذكورة معمول بمقتضاه عند عامة الفقهاء، مرعي فيما أوردوه من تطبيقات في الإبراء عن الأموال العينية.

أدلة الضابط :

١- أن العين بعد الإبراء المحض الذي هو بمعنى الإسقاط تبقى غير منتقلة، فلا يسقط حق المُبرِئ حتى لا تكون هذه الأعيان سائبة[١] إذ لا سائبة في الإسلام[٢].

٢- أن حقيقة الإبراء المحض التنازل عما هو مستقر في الذمة، والأعيان لا يتصور استقرارها في الذمة، فلا يدخلها الإبراء[٣].

تطبيقات الضابط :

١- إذا اشترى شخص من آخر دارا، ثم قال للبائع قبل تسلمها: أبرأتك من داري التي تحت يدك، لا يسقط حقه في المطالبة بها؛ لأن الإبراء إسقاط، والأعيان لا تسقط بالإسقاط[٤].

٢- إذا ورث شخص عن أبيه أو مورثه شيئا معينا، ثم قال: أسقطت حقي في الميراث، لا يسقط حقه وله المطالبة به وأخذه[٥]؛ لأن الإسقاط لا يصح في الأعيان.

٣- لو ادعى شخص دارا فصالح على قطعة منها، لا يمنعه ذلك من

---

(١) انظر: الاختيار للموصلي ١٧٦/٤، المدخل الفقهي لمصطفى الزرقا ٣٦٥/١.
(٢) روي هذا أيضًا عن ابن مسعود رضي الله عنه الموطأ ٢٧٨/٣ رقم٨٣٧، التمهيد لابن عبد البر٧٩/٣.
(٣) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٥٨٠/٤.
(٤) انظر: ترتيب اللآلي ٢١٨/١، عمدة ذوي البصائر ٢٥٢/١/ب، أحكام القرآن للجصاص ٥٥٩/١.
(٥) انظر: موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ٨٦٠/١٠.

المطالبة بالباقي؛ لأنه استوفى بعض حقه وأبرأ عن الباقي وهو من الأعيان، والإبراء عن العين باطل، فكان وجوده وعدمه سواء[١].

٤- لو برهن أحد الورثة على إقرار الآخر أنه بريء من ميراث أبيه، لا يقبل هذا الإقرار؛ لعدم صحة الإبراء عن الأعيان[٢].

٥- إذا أبرأ الوارث الوصي إبراء عاما بأن أقر أنه قبض تركة أبيه، ثم ادعى عليه عينا وبرهن على ذلك تقبل دعواه؛ لأن التركة أعيان، والإبراء عن الأعيان لا يصح[٣].

٦- إذا أسقطت المرأة مهرها وكان شيئا معينا بالذات لا يصح، ولها المطالبة به؛ لأن الحط لا يجري في الأعيان[٤].

٧- إذا كان لإنسان لدى شخص آخر دابة معينة فتغيب حتى حَطَّ صاحب الحق عنه هذه الدابة، ثم ظهر المدين، جاز للدائن المطالبة بالدابة إذا كانت موجودة؛ لأن الحط إنما يتوجه إلى ما استقر من الديون في الذمم لا إلى ما في الأيدي من الأعيان[٥].

أ.د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٢١٩.
(٢) انظر: الفتاوى الأنقروية ٢/١٠٣.
(٣) انظر: ترتيب اللآلي ٢/٩٧٨.
(٤) انظر: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال لمحمد زيد الأبياني ١/١١٥.
(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٣٠/١٣٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٣

نص الضابط: الإِبْرَاءُ تَمْلِيكٌ أَوْ إِسْقَاط؟[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الإبراءُ إسقاطُ ما في الذمة أو تمليكُه؟[٢].

٢- الإبراء إسقاط فيه معنى التمليك[٣].

٣- الإبراء فيه معنى التمليك[٤].

٤- البراءة تمليك في حق صاحب الدين إسقاط في حق من عليه[٥].

٥- الإبراء تمليك[٦].

شرح الضابط :

هذا الضابط هو الأصل في مجال الإبراء المنوط بباب الدين؛ إذ ينبني

(١) المنثور في القواعد للزركشي ١/٨٥، حاشية الرملي على أسنى المطالب ٣/٣٣٣، إعانة الطالبين للدمياطي ٣/٢٦٣.
وانظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٣٨٦، ٥/٤١٧، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٦٢، ١٧٩.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٤/٢٥٦.

(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازه ١/٣٣٠.

(٤) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/٤٤.

(٥) الفوائد المبنية للشعراني ١/٣٨/أ.

(٦) إبراز الضمائر للأزميري ١/٣٠٢.

على تكييف الإبراء، معرفة ما يترتب عليه من أحكام.

وقد اختلف الفقهاء في تكييف الإبراء، وهل هو إسقاط محض أو تمليك للمديون ما في ذمته من الدين، فإذا ملكه سقط[1] ولهم في ذلك ثلاثة اتجاهات:

١- أن الإبراء فيه معنى الإسقاط ومعنى التمليك.

٢- أن الإبراء تمليك لما في ذمة المدين.

٣- أن الإبراء إسقاط لما في ذمة المدين.

الاتجاه الأول: الإبراء تمليك من وجه وإسقاط من وجه آخر، وإليه ذهب جمهور الحنفية[2].

والمعنى في هذا: أنه يجرى على الإبراء بعض أحكام الإسقاطات وبعض أحكام التمليكات وقد يغلب حكم أحدهما على الآخر.

وقريب من هذا الاتجاه ما ذهب إليه بعض الشافعية:

فقد توسط الإمام ابن السمعاني من الشافعية: فقال إنه تمليكٌ في حق من له الدين، إسقاطٌ في حق المديون؛ وذلك لأن الإبراء إنما يكون تمليكا باعتبار أن الدين مالٌ، وهو إنما يكون مالا في حق من له الدين، فإن أحكام المالية إنما تظهر في حقه[3].

الاتجاه الثاني: الإبراء إسقاط لما في ذمة المدين، وليس فيه معنى التمليك، وإليه ذهب الحنابلة - وهو المعتمد عندهم-، وهو قول مرجوح عند

(١) انظر: المنثور للزركشي ١/٨١.

(٢) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٣٦٦.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/٢٠٢، المنثور ١/٨١- ٨٢.

المالكية، وقول للشافعية، ووافقهم الزيدية والإمامية والإباضية[(١)].

والمعنى في هذا: أن يطبق على الإبراء أحكام الإسقاطات، فيصح تعليق الإبراء على الشرط، ويصح إبراء المجهول والمبهم كما لو كان لشخص على شخصين دين فقال: أبرأت أحدكما صح الإبراء، ولا يشترط فيه علم المديون بالإبراء ولا قبوله له، ولا يصح ارتداد المبرأ منه بالرد[(٢)].

الاتجاه الثالث: الإبراء تمليك لما في ذمة المدين وليس فيه معنى الإسقاط، وإليه ذهب المالكية - وهو الراجح عندهم- وهو قول للشافعية، وقول مرجوح عند الحنابلة[(٣)].

والمعنى فيه: أنه يجري على الإبراء أحكام التمليكات، يعني: تمليك للمديون ما في ذمته فإذا ملكه سقط، وعلى هذا لا يصح تعليق الإبراء على الشرط، ولا إبراء المجهول ولا المبهم، ويشترط علم المديون بالإبراء، كما يشترط قبوله له، ويصح ارتداد الإبراء بالرد[(٤)].

وتفصيل مذهب الشافعية: أن الإبراء تمليك أو إسقاط، والترجيح يختلف بحسب الصور[(٥)].

---

(١) انظر: بلغة السالك للصاوي ١٤٢/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧١، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤٠٩/٤، التاج المذهب للعنسي ١٧٥/٤، الروضة البهية للعاملي ١٩٣/٣، شرح النيل لأطفيش ٦٤٠/١٣.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٨١/١- ٨٢.

(٣) انظر: بلغة السالك ١٤٢/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧١، الفروع لابن مفلح ١٩٤/٤.

(٤) انظر: المنثور للزركشي ٨١/١- ٨٢.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٢٠٢/٢، المنثور ٨١/١- ٨٢.

أدلة الضابط:

١- استدل أصحاب الاتجاه الأول (الإبراء تمليك من وجه وإسقاط من وجه): بأن الإبراء يشتمل على معنى الإسقاط والتمليك.

أ- أما اشتماله على معنى الإسقاط: فلأنه لا تتوقف صحته على القبول، كما في الطلاق والعفو عن القصاص.

ب- وأما اشتماله على معنى التمليك: فلأنه يرتد بالرد كما في سائر التمليكات، وتعليق الإسقاط المحض جائز كتعليق الطلاق بالشرط، وتعليق التمليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة القمار الحرام، ولما كان الإبراء له شبهة بهما وجب العمل بالشَّبَهَيْنِ بقدر الإمكان[1].

٢- استدل أصحاب الاتجاه الثاني (الإبراء إسقاط):

أ- أن الإبراء لو كان تمليكا لصح الإبراء من الأعيان، وهو لا يصح، فدل ذلك على أن الإبراء إسقاط[2].

ب- أن لفظ الإبراء ينبئ عن الإسقاط لا عن التمليك[3].

٣- استدل أصحاب الاتجاه الثالث (الإبراء تمليك):

أ- أن الإبراء لو لم يكن تمليكا لافتقر إلى نية أو قرينة تدل عليها، والإبراء لا يحتاج إلى ذلك[4].

---

(١) انظر: العناية للبابرتي ٤٢٩/٨.
(٢) انظر: حاشية عميرة على شرح المحلى على المنهاج ٤٠٨/٢.
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٧٣/٥.
(٤) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٤٠/٢.

ب- أن المناط الشرعي في انتقال الأملاك من مالك إلى مالك هو حصول التراضي وقد رضي المبرئ عن العين بمصيرها إلى ملك من أبرأه عنها[١].

تطبيقات الضابط :

١- الإبراء من شيء يجهله المبرِئ، فإن قلنا الإبراء تمليك فلا يصح، وهو الأصح عند الشافعية هنا، وإن قلنا الإبراء إسقاط صح[٢].

٢- لو عرف المبرِئ قدر الدين، ولم يعرفه المبرَأ، فإن قلنا: الإبراء تمليك فلا يصح، وإن قلنا الإبراء إسقاط صح، وهو الأصح عند الشافعية هنا[٣].

٣- لو كان له دين على شخصين فقال لأحدهما: أبرأت أحدكما، فإن قلنا الإبراء تمليك فلا يصح، وهو الأصح عند الشافعية هنا، وإن قلنا الإبراء إسقاط صح[٤].

٤- لو وكل شخص آخرَ في الإبراء من الدين، فإن قلنا الإبراء إسقاط اشترط علم الموكل بقدره دون الوكيل - وهو الأصح عند الشافعية هنا - وعلى القول بأنه تمليك لا يشترط[٥].

٥- لو وكل صاحبُ الدين المدينَ ليبرئ نفسه من الدين، فإن قلنا الإبراء

---

(١) انظر: السيل الجرار للشوكاني ١/٨١١.
(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١.
(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١.
(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١.
(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١.

إسقاط صح - وهو الأصح عند الشافعية هنا - ولا يصح على القول بأنه تمليك[١].

٦- لو علق الإبراء من الدين على شرط، فإن قلنا الإبراء تمليك فلا يصح، وهو الأصح عند الشافعية هنا، وإن قلنا الإبراء إسقاط صح[٢].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٧١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٤

نص الضابط: وضعُ بعضِ الدّيْنِ المُؤجَّلِ عنِ المَدينِ بِشرْطِ تَعجِيلِ بَاقِيهِ جَائزٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- تعجيل الدين بشرط حطّ البعض جائز[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- الحطيطةُ من الدين بشرط تعجيله قبل حلوله حرام[٣]. (مخالف).

٢- مَنْ عجَّل دينًا قبل وجوبه عُدَّ مُسَلِّفًا لما عَجَّلَه[٤]. (مكمل).

٣- الزيادة في الدين لتأجيله ربا[٥]. (قسيم).

---

(١) إغاثة اللهفان لابن القيم ١٣/٢.

(٢) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ١٤٨/٣، ١٤٩.

(٣) الفواكه الدواني للنفراوي ٩٠/٢، وانظر: نهاية المطلب للجويني ٤٦٠/٦، كفاية الطالب الرباني ١٥١/٢، شرح زروق وابن ناجي على الرسالة ١٢٥/٢، البيان للعمراني ٢٤٤/٦، المغني لابن قدامة ٢١/٧.

(٤) كفاية الطالب الرباني ١٥١/٢، الفواكه الدواني ٩١/٢، البهجة ٢٢١/١، ميارة على التحفة ١٤٥/١.

(٥) زروق على الرسالة ١٢٦/٢، الفواكه الدواني ٩٠/٢، ميارة على التحفة ١٤٥/١، كفاية الطالب الرباني ١٥١/٢.

٤- وضعُ بعض الدين المؤجل عن المدين وتعجيلُ الباقي بغير شرط جائزٌ[١]. (أعم).

شرح الضابط:

هذا الضابط مبنيٌّ على قول ابن عباس رضي الله عنهما وإبراهيم النخعي وابن سيرين وزفر بن الهذيل من أصحاب أبي حنيفة، والزيدية، والشافعي في قول له، وهو روايةٌ عن الإمام أحمد، حكاها ابن أبي موسى وغيره، واختارها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ورجحها الشوكاني، وهو جواز وضع بعض الدين المؤجل مقابل تعجيله[٢] وبه أخذ مجمع الفقه الإسلامي الدولي بجدة في قراره رقم ٦٤(٢)[٣].

وقد خالفهم في ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة على المذهب والثوري وابن عيينة وهشيم وإسحاق وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي فقالوا بعدم جوازه[٤] وهو قول ابن عمر

(١) أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١.

(٢) إغاثة اللهفان ١١/٢، إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ٣٧١/٣، الاختيارات الفقهية للبعلي ص ١٣٤، المغني ٢١/٧، الإنصاف للمرداوي ١٣٠/١٣، المبدع ٢٧٩/٤، أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١، شرح مشكل الآثار للطحاوي ٦٠/١١- ٦٤، بداية المجتهد لابن رشد ١٤٣/٢، الاستذكار لابن عبد البر ٢٥٠/١٧، ٢٥١، المنتقى للباجي ٦٥١/٥، الزرقاني على الموطأ ٣٢٣/٣، الأزهار مع السيل الجرار ١٤٧/٣- ١٤٩، أوجز المسالك ١٤٨/١٣.

(٣) في دورته السابعة المنعقدة في جدة في الفترة من ٩ – ١٤ مايو ١٩٩٤م، ونصه: "رابعًا: الحطيطة من الدينِ المؤجل لأجل تعجيله، سواء كانت بطلب الدائن أو المدين (ضَعْ وتعجَّلْ) جائزة شرعًا، لا تدخُلُ في الربا المحرَّم إذا لم تكن بناءً على اتفاق مسبق، ومادامت العلاقةُ بين الدائن والمدين ثنائية فإذا دخل بينهما طرفٌ ثالث لم تجز، لأنها حينئذ تأخذُ حكم حَسْمِ الأوراق التجارية".

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٣/٥، شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٢٠٩/٣، أحكام القرآن للجصاص ٤٦٧/١، البدائع ٤٥/٦، المغني ٢١/٧، الإنصاف ١٣٠/١٣، المبدع ٢٧٩/٤، نهاية المطلب ٢٦٠/٦، الوسيط للغزالي ٥١/٤، البيان للعمراني ٢٤٤/٦، نهاية المحتاج ٣٨٦/٤، أسنى المطالب ٢١٦/٢، روضة الطالبين ١٩٦/٤، بداية المجتهد ١٤٣/٢، البهجة ٢٢١/١، الاستذكار ٢٥٠/١٧، ميارة على التحفة ١٤٥/١، التفريع ٢٨٩/٢، كفاية الطالب الرباني ١٥١/٢، كشاف القناع ٣٨٠/٣، شرح منتهى الإرادات ٢٦٠/٢، المنتقى للباجي ٦٥/٥، الزرقاني على الموطأ ٣٢٣/٣، الفواكه الدواني ٩٠/٢، شرح زروق وابن ناجي على الرسالة ١٢٥/٢، ١٢٦.

وزيد بن ثابت من الصحابة واستثنى الحنفيةُ والحنابلة من المنع دَيْنَ الكتابة، لأنَّ الربا لا يجري بين المكاتَب وسيّده فيه[(١)].

ثم القائلون بالضابط لم يقبلوا أن يكون الشرط صريحا في وضع بعض الدين، بلِ يكفي كونه مفهوما من الصيغة فقط، حتى لو قال الدائن للمدين: إن أدَّيْتَ إليَّ خمسمائة، أو إذا أديت أو متى أديت، فأنت بريء من الباقي، لم يصلح مطلقا؛ لعدم صحة تعليق البراءة بصريح الشرط، بخلاف ما إذا كان بمعناه[(٢)].

والضابط راجع في جملته إلى مسألة «ضَعْ، وتَعَجَّلْ»، ومعناها: أن يكون لرجل على آخر دين مؤجل فيقول المديون لصاحب الدين: ضعْ بعْضَ دَينِك، وتعجَّلْ الباقي، أو يقول صاحب الدين للمديون: عَجِّلْ لي بعضَه، وأَضَعُ عنك باقيه[(٣)].

---

(١) وعلى ذلك جاء في (م/١٦٢١) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: "لا يصحُّ الصلحُ عن دينٍ مؤجلٍ ببعضه حالاً إلا في دين الكتابة" وقد بين الزيلعي في "تبيين الحقائق" ٥/٤٣ وجه هذا الاستثناء فقال: "وأما إذا صالح المولى مكاتَبَهُ عن ألف مؤجلةٍ على خمسمائة حالة، فإنه يجوز، لأن معنى الإرفاق فيما بينهما أظهرُ من معنى المعاوضة، فلا يكون هذا من مقابلة الأَجل بالمال، ولكنه إرفاقٌ من المولى بحطِّ بعض البدل، وهو مندوبٌ إليه في الشرع، ومُسَاهلةٌ من المكاتَب فيما بقي، قبل حلول الأجل ليتوصل به إلى شرف الحرية، وهو أيضًا مندوبٌ إليه في الشرع" وانظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٨٠، وشرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٦٠.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٦٠.

(٣) انظر: فتاوى السبكي ١/٣٤٠.

(خصم الكمبيالات):

لا يخفى أنَّ حطاً بعض الدين المؤجل عن المدين نظير تعجيله "ضَعْ وتعجَّلْ" مخالف تمامًا لعملية: "حسم الكمبيالات" التي تقوم بها المصارف التجارية على أساس "قيام البنك بدفع قيمة الكمبيالة قبل موعد استحقاق وفائها، بعد خصم مبلغ معين يمثل فائدة القيمة المذكورة عن المدة بين تاريخ الخصم وميعاد الاستحقاق" وذلك من أربعة وجوه:

أحدها: أننا لو أخذنا عملية خصم الكمبيالات على ظاهرها بحسب الشكل الذي أُفرغَتْ فيه، لوجدناها من قبيل بيع الدين لغير مَنْ عليه الدين، حيث يبيع صاحب الكمبيالة (الدائن) دَيْنَه المؤجل المسطور فيها لغير المدين بثمن معجّل من جنسه، وبيعُ الدين لغير مِن عليه الدين إنما يجوز شرعًا عند مَنْ يقول بجوازه من الفقهاء بشرط انتفاء الغرر والربا منه، غير أنَّ الربا ها هنا ليس بمنتفٍ، بل=

وهي مسألة اختلف فيها الفقهاء كثيرا، وقد لخص السبكي خلافهم فيها فقال:

= هو متحقق، لأنَّ العوضين من النقود، وقد باع الدائنُ نقدًا آجلاً بنقدٍ عاجلٍ أقلَّ منه، فانطوى بيعُه هذا على ربا الفضل والنَّسَاء.

والثاني: أننا لو نظرنا إلى عملية خصم الكمبيالات بحسب المقصود منها والغرض المبتغى من ورائها، لوجدناها أحد أمرين:

(أ) إما إقراضُ مبلغٍ وأخذُ المقرض حوالةً من المقترض بمبلغ أكثر منه يُستوفى بعد مدة معينة، وهو ربا صريح لا مجال للتأويل فيه، لأن الحوالة يشترط فيها تساوي الدينين: المحال به، والمحال عليه وهنا تَحَقَّقَ بين مبلغ القرض والمبلغ المستوفى فيما بعد زيادةٌ في مقابل الأجل، وذلك من ربا النسيئة.

(ب) أو قرضٌ مضمونٌ بالورقة التجارية المُظَهَّرَة لأمر المصرف تظهيرًا تامًا، إذ المصرف لم يقصد أن يكون مشتريًا للحق الثابت في الورقة، ولا أن يكون محالاً به، وإنما قَصَدَ الإقراضَ، فقَبِلَ انتقالَ ملكية الورقة المخصومة إليه على سبيل الضمان، فإذا حلّ وقتُ استحقاقها، ولم يدفع أيّ من الملتزمين قيمتها، فإنَّ المصرف يعودُ على الخاصم بالقيمة، دون أن يكلف نفسه عبء ملاحقة الملتزمين حتى نهاية المطاف، كما هو الجاري عمليًا في المصارف التجارية.

والثالث: أن حديث "ضعوا وتعجلوا" تضمن مشروعية حطِّ الدائن لمدينه بعضَ دينه المؤجل نظير تعجيله على أساس أنه نوعٌ من الصلح في الديون بين الدائن والمدين فقط، ولذلك صنَّف الفقهاء مسألة ضع وتعجَّلْ تحت عنوان "صلح الإسقاط" أو "صلح الإبراء" أو "صلح الحطيطة" باعتبار أن القصد من ذلك إسقاطُ الدين عن المدين وإبراءُ ذمته، خلافًا لربا النسيئة الذي يتضمن إنشاء الدين وشَغْلَ الذمة، والفرق بينهما كما قال ابن القيم: "أنَّ مقابلة الأجل بالزيادة في الربا ذريعةٌ إلى أعظم الضرر، وهو أن يصير الدرهم الواحد ألوفًا مؤلفة، فتشتغلُ الذمةُ بغير فائدة، وفي الوضع والتعجيل تتخلَّصُ ذمةُ هذا من الدين، وينتفع ذاك بالتعجيل له، والشارعُ له تطلُّعٌ إلى براءة الذمم من الدين، وسمّى الغريمَ المدينَ أسيرًا، ففي براءة ذمته تخليصٌ له من الأسر، وهذا ضدُّ شغلها بالزيادة مع الصبر".

والرابع: أنَّ حديث الوضع والتعجيل تضمن مشروعية الصورة التي ورد فيها على أساس أن تكون العلاقةُ في هذه العملية ثنائيةً بين الدائن والمدين، إذْ لا يصحُّ، بل ولا يتصور صلحُ الحطيطة أو الإسقاط في علاقة ثلاثية كما الحالُ في خصم الكمبيالات حيث يدخل طرفٌ ثالثٌ مموِّلٌ يُقَدِّمُ قرضًا بزيادةٍ مقابلَ الأجل بشكل صريح أو ضمني" فافترقا.

وبناءً على ذلك: جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٤ (٧/٢) ما يلي: إن حسم (خصم) الأوراق التجارية غير جائز شرعًا، لأنه يؤول إلى ربا النسيئة المحرَّم" انظر: الدورة السابعة للمجمع المنعقدة في جدة في الفترة من ٩-١٤ مايو ١٩٩٤م.

«وذلك إما أن يكون في دين الكتابة، وإما في ما سواه من المديون، فإن كان فيما سوى دين الكتابة من الديون قال مالك رحمه الله: هو باطل مطلقا سواء جرى بشرط أم بغير شرط للتهمة، وذلك قاعدة مذهبه، وقال غيره: إن جرى بشرط بطل، وإن لم يشترط بل عجل بغير شرط، وأبرأ الآخر، وطابت بذلك نفس كل منهما فهو جائز وهذا مذهبنا[١].

والأصل عند القائلين بالضابط هو أن «المستوفى إذا كان أدون من حقه فهو إسقاط كما في العكس، وإن كان أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة»[٢].

وبعبارة أخرى أوضح «إذا كان المصالح عليه أزيد، وأحسن من حق المصالح قدرا ووصفا أو قدرا فقط، أو وصفا فقط، وكان الإحسان من الدائن فقط، فيكون الصلح الواقع إسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه»[٣] وإلا كان معاوضة يراعى فيه ما يراعى في المعاوضات المالية من حرمة ربا النسيئة والفضل.

وقد فصل الزيدية في هذه القاعدة «ضع وتعجل»، وهم من القائلين بالضابط تفصيلا يحسن الوقوف عليه، حيث يقول العنسي:

«وحاصل القول في ذاك: إن اتفق الأجلان نحو أن يصالح عن مائة مؤجلة إلى شهرين بخمسين مؤجلة شهرين، فذلك جائز، وإن اختلفا نحو أن يصالح عن مائة مؤجلة إلى شهرين بخمسين مؤجلة شهرا جاز ذلك، وكذا إذا كانت المائة إلى شهر فصالحه بخمسين إلى شهرين جاز ذلك وأما حيث يكونان معجلين فصورته أن يكون لرجل على رجل مائة درهم معجلة فيصالحه على خمسين معجلة صح ذلك، ولا يشترط قبض الخمسين المصالح بها في المجلس

---

(١) انظر: فتاوى السبكي ١/ ٣٤٠.
(٢) العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٤٢٧.
(٣) درر الحكام لعلي حيدر ٤/ ٥١.

ولو اشترط التعجيل؛ لأنه ليس كالصرف وإنما هو إبراء وأما المختلفان فهما صورتان: أحدهما تصح، والأخرى لا تصح، أما التي تصح فهو أن يصالح بمعجل عن مؤجل سواء كان التعجيل تبرعا أو مشروطا في الصلح، ولا يشترط قبض المعجل في المجلس، ولو اشترط تعجيله على القول بصحته، وهو المختار؛ لأن هذا ليس كالصرف وإنما هو إبراء من البعض فقط»[1].

وسبب الخلاف بين الفقهاء راجع إلى تعارض النصوص من جهة، وتحقيق المناط في علة «ضع وتعجل» من جهة أخرى ـ كما هو موضح في الأدلة.

فقد احتج المانعون:

أولاً: بما روى البيهقي عن المقداد بن الأسود قال: أسلفتُ رجلاً مائة دينار، ثم خرج سهمي في بَعْث بَعَثَهُ رسول الله ﷺ، فقلتُ له: عَجِّلْ تسعين دينارًا، وأَحُطُّ عشـرة دنانير فقال: نعم فذكرتُ ذلك لرسول الله ﷺ فقال: «أكلتَ الربا، مقدادُ، وأطعمتَه»[2].

ثانيًا: وبأنه إذا تعجَّلَ البعض وأسقط الباقي، فقد باعَ الأجلَ بالقدر الذي أسقطه، وذلك عين الربا، كما لو باع الأجل بالقدر الذي يزيده إذا حلَّ عليه الدين، فقال: زدني في الدين وأزيدَك في المدة[3] قال ابن رشد (الحفيد): «وعمدة مَنْ لم يُجز (ضع وتعجل) أنه شبيهٌ بالزيادة مع النَّظِرَةِ المجمع على تحريمها ووجه شبهه بها أنه جعل للزمان مقدارًا من الثمن بدلاً عنه في

(١) التاج المذهب ٤/١٦٩.

(٢) السنن الكبرى ٦/٢٨ (١١٤٧١).

(٣) المغني ٧/٢١، كشاف القناع ٣/٣٨٠، شرح مختصر الطحاوي للجصاص ٣/٢٠٩، البحر الرائق ٧/٢٥٩، تبيين الحقائق ٥/٤٣، الدر المنتقى شرح الملتقى ٢/٣١٥، الموطأ مع الاستذكار ١٧/٢٤٧، أحكام القرآن للجصاص ١/٤٦٧، كفاية الطالب الرباني ٢/١٥١.

الموضعين جميعًا، وذلك أنه هناك لمّا زادَ له في الزمان، زاد له عِوَضَهُ ثمنًا، وهنا لمّا حطَّ عنه في الزمان، حطَّ عنه مقابله ثمنًا»[(١)].

أدلة الضابط :

١- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: لمّا أمر النبي ﷺ بإخراج بني النضير من المدينة، جاءه ناسٌ منهم، فقالوا: يا نبي الله، إنك أمرت بإخراجنا، ولنا على الناس ديون لم تحلّ فقال رسول الله ﷺ: «ضعوا وتعجَّلوا»[(٢)].

فقد دلَّ هذا الحديث على أنَّ مَنْ عُجِّلَ له أدنى من حقِّه قبل مَحِلِّ دينه، فوضع عن غريمه الباقي، طيّبةً به أنفسهما، فلا حرج عليهما في ذلك، ولا محذور فيه[(٣)].

٢- عن كعب بن مالك رضي الله عنه، قال: «إنه تقاضى ابن أبي حَدْرَد دينًا كان له عليه في عهد رسول الله ﷺ في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعها النبي ﷺ وهو في بيته، فخرج إليهما، فنادى: يا كعب فقلت: لبيك يا رسول الله فأشار بيده أنْ ضع الشطر من دينك قال كعب: قد فعلتُ يا رسول الله قال: قُمْ فاقضه»[(٤)].

قال الشوكاني: «فكان هذا دليلاً على جواز التعجيل بشرط حطِّ البعض وقال: «أقول: إذا حصل التراضي على هذا، فليس في ذلك مانعٌ من شرع ولا

---

(١) بداية المجتهد ٢/١٤٤.

(٢) رواه الحاكم في المستدرك ٢/٦١ (٢٣٢٥)، والطبراني في الأوسط ١/٢٤٩ (٨١٧)، والدارقطني في سننه ٣/٤٦٥ (٢٩٨٠)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٨ (١١٤٦٧) وقال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه وتعقبه الذهبي بقوله: الزنجي ضعيف وعبد العزيز ليس بثقة وقال في مجمع الزوائد ٤/١٣٠: فيه مسلم بن خالد الزنجي، وهو ضعيف، وقد وثق.

(٣) إغاثة اللهفان ٢/١٣، وانظر: السنن الكبرى للبيهقي ٦/٢٨.

(٤) رواه البخاري ١/٩٩، ١٠١ (٤٥٧) وفي مواضع، ومسلم ٣/١١٩٢(١٥٥٨)/(٢٢).

عقل، لأنَّ صاحب الدين قد رضي ببعض ماله، وطابت نفسه عن باقيه، وهو يجوزُ أن تطيب نفسه عن جميع المال، وتبرأ ذمةُ مَنْ هو عليه، فالبعضُ أولى»(١).

وقد أجاب المجيزون على مَنْ قال: إنَّ ذلك عينُ الربا، إذْ لا فرق بينه وبين قوله: «زدْ في الأجل، وأزيد في الدين» بأنَّ هذا ضِدُّ الربا، فإنّ ذاك يتضمن الزيادة في الأجل والدين، وذلك إضرارٌ محضٌ بالغريم، ومسألتنا تتضمنُ براءةَ ذمة الغريم من الدين، وانتفاعَ صاحبه بما يتعجله، فكلاهما حصل له الانتفاعُ من غير ضرر، بخلاف الربا المجمع عليه، فإنَّ ضرره لاحقٌ بالمدين، ونَفْعَه مختصٌّ برب الدين، فهذا ضد الربا صورةً ومعنى(٢).

وقد جاء في «إعلام الموقعين»: «إنَّ هذا عكس الربا، فإنَّ الربا يتضمن الزيادةَ في أحد العوضين في مقابلة الأجل، وهذا يتضمن براءةَ ذمته من بعض العوض في مقابلة سقوط بعض الأجل، فانتفع به كلٌّ واحد منهما، ولم يكن هنا ربا، لا حقيقةً ولا لغةً ولا عرفًا، فإنَّ الربا الزيادة، وهي منتفيةٌ هاهنا، والذين حرَّموا ذلك إنما قاسوه على الربا، ولا يخفى الفرقُ الواضح بين قوله: «إما أن تربي وإما أن تقضي» وبين قوله: «عجِّل لي وأهب لك مائةً» فأين أحدهما من الآخر فلا نصَّ في تحريم ذلك ولا إجماع ولا قياس صحيح»(٣).

تطبيقات الضابط :

١- من له على آخر ألف، فقال أَدِّ غدا نصفها على أنك بريء من النصف الآخر، ففعلَ بَرِئَ، فإن لم يؤد غدا النصف وهو خمسمائة لا يبرأ،

(١) السيل الجرار ١٤٩/٣.
(٢) إغاثة اللهفان ١٣/٢.
(٣) إعلام الموقعين ٣٧١/٣.

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يبرأ وإن لم يؤد، ولا تعود إليه خمس المائة الساقطة أبدا؛ لأن اشتراط الأداء ضائع؛ لأن النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه؛ إذ المال عليه حالٌّ فبطل التعليق وصار إبراءً مطلقا، وهذا؛ لأنه جعل أداء خمس المائة عوضا؛ لأن كلمة «على» للمعاوضة، والأداء لا يصلح عوضا؛ لأنه واجب عليه قبل الصلح، وهو لم يذكر للإبراء عوضا سواه، والعوض هو المستفاد بالعقد، ولم يستفد شيئا، فصار وجوده كعدمه فحصل الإبراء مطلقا، كما إذا بدأ بالإبراء بأن قال أبرأتك من خمسمائة من الألف على أن تعطيني خمسمائة غدا، بخلاف ما إذا قال: فإن لم تنقد غدا فلا صلح بيننا؛ لأنه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد، فإنه بمنزلة خيار الشرط؛ ولهذا جاز في البيع أيضًا على ما مر ذكره، ولهما أن كلمة «على» تكون للشرط كما تكون للمعاوضة، فتحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة[1]، والقولان جاريان على الضابط من أن وضع بعض الدين عن المدين بشرط تعجيل باقيه جائز.

٢- لو كان لرجل على آخر عشرة، فقال: أبرأتك عن الخمسة على أن تدفع الخمسة الأخرى حالَّة، فإن كانت العشرة حالَّة صح الإبراء؛ لأن أداء الخمسة يجب عليه حالا فلا يكون هذا تعليق الإبراء بشرط تعجيل الخمسة، ولو مؤجلةً بطلَ الإبراءُ إذا لم يعطِه الخمسةَ حالا[2] ومفهومه أنه إذا أعطاها حالا جاز له ذلك جريا على الضابط من أن وضع بعض الدين عن المدين بشرط تعجيل باقيه جائز.

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٤٣.
(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٦/١٩٩.

٣- لو صالح الدائن المدين عن ألف يطلبها عليه على أن يدفع نصفها، جاز؛ لأنه يجعل مستوفيا لنصف حقه ومسقطا للنصف الآخر[١].

٤- لو قال الدائن للمدين: حططت عنك نصف ما عليك من ديني إن نقدت إلي نصفه الآخر، فإنه حطٌّ، وإن لم ينقده[٢] لأن وضع بعض الدين المؤجل عن المدين بشرط تعجيل باقيه جائز.

أ.د. نزيه حماد

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/٤١.

(٢) انظر: رد المحتار ٥/٦٤٠.

ضوابط باب الوديعة

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٥

نص الضابط: الوَدِيعَةُ مَبْنَاهَا عَلَى الأَمَانَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأصل في الوديعة عدم الضمان[٢].

٢- الوديعة لا تكون مضمونة[٣].

٣- الوديعة أمانة في يد المودَع[٤].

٤- لا ضمان على المودَع[٥].

٥- يد المودَع يد أمانة[٦].

شرح الضابط :

الوديعة في اللغة: مأخوذة من (الوَدْع) وهو الترك، أي متروكة عند الوديع[٧] واشتقاقها من السكون، فكأنها ساكنة عند الوديع مستقرة[٨].

---

(١) البناية للعيني ٧/٧٣١.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٦/١٠٩، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣/٦٨٥.

(٣) فتاوى قاضيخان ٢/٤٠٧.

(٤) العناية للبابرتي ٨/٤٨٥، الجوهرة النيرة للعبادي ١/٣٤٦، رمز الحقائق للعيني ٢/١٣٩.

(٥) المبسوط للسرخسي ١١/١١٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٧٧، الكافي لابن عبد البر ١/٤٠٣.

(٦) أسنى المطالب للأنصاري ٣/٨٠.

(٧) الوديع هو الشخص الذي توضع عنده الوديعة ليحفظها.

(٨) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٦/١٠٨- ١٠٩، المغني لابن قدامة ٦/٣٠٠.

وتطلق الوديعة في اللغة بمعنى الأمانة؛ فهما مترادفان، كما تطلق على الاستنابة في الحفظ، يقال: أودع فلانٌ فلانا على أهله أو ماله؛ أي: صيَّره نائبا عنه في حفظ ماله[(١)].

والإيداع: تسليط الغير على حفظ المال تبرعا[(٢)].

والوديعة في الاصطلاح الفقهي: المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض[(٣)].

ومعنى (الأمانة) هنا عدم الضمان إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ[(٤)].

وقد اختلف الفقهاء في حقيقة الوديعة؛ هل هي عقد، أو مجرد إذن؟

فيرى جمهور الفقهاء؛ من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، وهو الأصح في مذهب الشافعية: أنها عقد من عقود الوكالة، إلا أنها وكالة من نوع خاص؛ لاقتصارها على الوكالة في الحفظ والصون دون التصرف[(٥)].

ومفاد الضابط: أن الوديعة إن سُلِّمت إلى من يحفظها بلا أجر، فتلفت عنده أو نقصت قيمتها، من غير تعدّ منه أو تقصير في حفظها، فلا ضمان عليه، ولا يلزمه تعويض صاحبها عن ذلك التلف أو النقصان.

---

(١) مادة: (و د ع) في معاجم اللغة، وخاصة: معجم مقاييس اللغة ٦/٩٦.

(٢) انظر: تكملة فتح القدير لقاضي زاده ٧/٨٨ (الطبعة الأميرية)، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٨٥، روضة الطالبين للنووي ٦/٣٢٤، كشاف القناع للبهوتي ٤/١٦٦.

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣٥٢.

(٤) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/١٤٨.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٠٧، رد المحتار لابن عابدين ٤/٤٩٣، مجلة الأحكام العدلية: مادة: ٧٧٣، شرح ميارة على تحفة ابن عاصم ٢/١٨٨، التاج والإكليل للمواق ٥/٢٥٠، مواهب الجليل للحطاب ٥/٢٥٠، حاشية البناني على شرح الزرقاني على خليل ٦/١١٣، روضة الطالبين للنووي ٦/٣٢٦-٣٢٧، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٧/١٠٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٧٩، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٧٥-٧٦، المهذب للشيرازي١/٣٦٦، كشاف القناع للبهوتي ٤/١٦٧.

ولا خلاف بين الفقهاء في هذا الضابط[(١)].

أما إذا أُودعت الوديعة بأجر لأجل حفظها وهلكت بسبب ممكن التحرز عنه، كالسرقة، فإنها تكون مضمونة[(٢)].

وإذا لزم ضمانها، فإن كانت من المثليات تُضمن بمثلها، فمثلاً لو استهلك الوديع الحنطة المودَعة عنده في وقت الغلاء، وأراد أن يؤدي مثلها إلى صاحبها وقت الرخاء، فطلب المودِع قيمتها يوم الاستهلاك، فالقاضي لا يحكم بقيمتها يوم الاستهلاك، بل يحكم بأداء مثلها.

وإن كانت من القيميات تُضمن بقيمتها يوم وقوع الشيء الموجِب للضمان، فإذا كان الموجب للضمان هو الغصب تَلزم قيمتها يوم وقوعه[(٣)].

ولا يجوز اشتراط ضمان الوديعة، فإن اشتُرِط فالشرط باطل، ولا يلزم الضمان[(٤)].

قال العلامة ابن هبيرة: «اتفقوا على أنه إذا أودعه على شرط الضمان فإنه لا يضمن، والشرط باطل»[(٥)].

ويُشترط لعدم ضمان الوديع للوديعة شرطان:

١- عدم تعديه عليها، ويكون التعدي بفعل ما لا يرضاه المودِع، وفعلِ ما

(١) انظر: درر الحكام للملا خسرو ٢/٢٤٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لابن عرفة ٣/٤١٩، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٧/١٠٥، المغني ٦/٣٠٠، المحلى لابن حزم ٧/١٣٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٦٨، شرح النيل لأطفيش ٩/٤٤٧، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية للعاملي ٤/٢٣٢، أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٩٣.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٢٦٦ (المادة ٧٧٧).

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٣٣٢.

(٤) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٢٦٨.

(٥) الإفصاح: ٢/٢٧، وانظر: إيضاح المسالك للونشريسي ص ١٠٧ وهذا ما عليه جمهور أهل العلم وفي رواية عن الإمام أحمد: يُراعَى الشرط انظر: المغني ٥/٥٣٦.

لا يجوِّزه الشرع في حق الوديعة، كانتفاع الوديع بها انتفاعًا يؤدي إلى إتلافها أو نقصان قيمتها.

٢- عدم تفريطه في حفظها، ومن التفريط حفظُها في محل ليس من المعتاد حفظها فيه، أو حفظها مع من لا يوثق به، أو السفر بها بلا عذر[١].

أدلة الضابط :

١- قوله ﷺ: «ليس على المستعير- غير المُغِلّ[٢]- ضمان، ولا على المستودَع - غير المُغِلّ- ضمان»[٣].

٢- قوله ﷺ: «من استُودِع وديعةً فلا ضمان عليه»[٤].

٣- قوله ﷺ: «لا ضمان على مؤتمن»[٥] والوديع مؤتمن.

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر٢/٢٧١، السيل الجرار للشوكاني ٣/٣٤١.

(٢) المُغِلّ: الخائن طلبة الطلبة ص ٩٨.

(٣) رواه الدارقطني ٣/٤١ (١٦٨) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال: عمرو (هو ابن عبد الجبار) وعبيدة (هو ابن حسان) ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع ورواه عبد الرزاق ٨/١٧٨ (١٤٧٨٢) والبيهقي في الكبرى ٦/٩١ عن شريح القاضي، وقال: هذا هو المحفوظ.

(٤) رواه ابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠١)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٨٦ واللفظ له من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال البوصيري في المصباح ٢/٢٤١ (٨٤٢ - ٢٤٠١): هذا إسناد ضعيف لضعف المثنى وهو ابن الصباح، والراوي عنه (وهو أيوب بن سويد)، وانظر: البدر لمنير ١٨/٢٥٢ (١٥٨٦).

(٥) رواه الدارقطني ٣/٤١(١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٨٩ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

٤- ما رُوي أن رجلاً استُودِع متاعًا فذهب من بين متاعه، فلم يضمِّنه أبو بكر رضي الله عنه[١].

٥- ما رُوي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: «ليس على مؤتمن ضمان»[٢] والوديع مؤتمن.

٦- الوديع يحفظ الوديعة لمالكها، فكانت يده كيَد المالك، ويد المالك لا ضمان عليها[٣].

٧- حفظ الوديعة معروف وإحسان، فلو ضُمنت من غير تعدّ زهد الناس في قَبولها[٤].

تطبيقات الضابط:

١- إذا أعطى رجل مالاً لشخص وقال له: أعطه اليوم لفلان، فلم يعطه في ذلك اليوم وهلك بيده لا يلزمه الضمان، لأن المال وديعة[٥].

٢- رجل طلب من شخص خمسين ريالاً قرضًا، فأعطاه غلطًا ستين، وعند اطّلاع المستقرض على ذلك رجع إلى صاحبه ليردّ له العشرةَ الزائدة، فوقعت الستون منه في الطريق؛ يضمن الخمسين بجهة أنها قرض، ولا يضمن العشرة، لأنها وديعة صِرْفة[٦].

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى ٦/٢٨٩ عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما، وقال ابن حجر في التلخيص ٣/٩٨ (١٣٨٤): إسناده ضعيف.

(٢) رواه عبد الرزاق في المصنف ٨/١٨٢ (١٤٨٠١)، والبيهقي في الكبرى ٦/٢٨٩ عنهما.

(٣) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٧٧.

(٤) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٧٧.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٢٦٧.

(٦) انظر: المصدر نفسه.

٣- إذا ادعى الوديع هلاك الوديعة فالقول قوله مع اليمين ولكن إذا نكل عن اليمين يُعدّ هذا النكول إقرارًا بوجود الوديعة وبناءً عليه يُجبر الوديع ويُحبس إلى أن يُظهِر الوديعة أو يُثبت هلاكها وإذا أقام المودِع البينة على استهلاك الوديع للوديعة، وأقام الوديع البينة على هلاكها بلا تعدّ ولا تقصير، أو على أنه ردها وأعادها تُرجّح بينة الوديع(١).

٤- إذا أودع رجل عند آخر مالاً فالأصل أن لا ضمان فيه لكن إن استثمره الوديع فخسر يضمنه، لتعديه بالتصرف فيه، ولانقلابه إلى القرض بالاستعمال، والقرض مضمون.

ولا بأس أن يشار هنا إلى أن ما يسمى بالودائع في الحسابات الجارية في المصارف ليس في معنى الوديعة، إذ لا تُحفظ عينها، فمبناها ليس على الأمانة، بل حكمها حكم القروض، وهو الضمان.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر٢/٢٦٧، نهاية المحتاج للرملي ٥/٦٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٦

نص الضابط: يَلْزَمُ حِفْظُ الوَدِيعَةِ فِي حِرْزِ مِثْلِهَا عُرْفًا[١].

صيغ أخرى للضابط:

- تحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها[٢].

صيغ ذاتُ بالضابط:

١- العادة محكَّمَة[٣]. (أصل).

٢- يعتبر في كل شيء حرز مثله[٤]. (أصل).

شرح الضابط:

مفاد هذا الضابط: أنه يجب على المودَع حفظُ الوديعة وصيانتُها لصاحبها، فإن عيَّن صاحب الوديعة حِرزا خاصًّا لحفظها فيه، فوافقه الوديع، فقد أتى بما عليه، ولا يعدُّ مفرِّطًا؛ فلا يضمن بهلاك الوديعة.

وإن لم يحدِّدِ المودِعُ طريقة لحفظ وديعته، فقد ضبط الفقهاء حفظ كل

(١) انظر: الفروع لابن مفلح ٤/٤٧٩، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣٥٢.
(٢) شرائع الإسلام للحلي ٢/١٣٠.
(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٧٦.

وديعة بحسب ما جرت به عادة الناس وأعرافهم في حفظ أموالهم، وما يرونه مناسبا لحفظ الأشياء، بحسب نَفاستها ودناءتها، وكثرتها وقلتها، وهذه الأمور تختلف كثيرا بحسب الأقاليم والحواضر والبوادي، وباعتبار الأزمنة والأمكنة، وكثرة السرقة في البلد أو ندرتها، ونحو ذلك من الاعتبارات(١)؛ فتوضع الدراهم في الصندوق، والأثاث في البيت، والغنم في صحن الدار، ونحو ذلك(٢)، فإن وافق الوديع العادة الجارية والعرف المطرَّد فلا يعد مقصرا في حفظ الوديعة، ومن ثَمَّ لا يعد مقصرا بهلاك الوديعة فلا يضمنها حينئذ، وقد أفصح الإمام الشافعيُّ عن هذا المعنى بقوله: «وإذا استودع الرجلُ الرجلَ الوديعةَ، فوضعها في موضع من داره يُحْرِزُ منه ماله، ويرى الناس مثلَه حِرزا ـ وإن كان غيرُهُ من داره أحرزَ منه ـ فهلكت، لم يضمن، وإن وضعها في موضع من داره لا يراه الناس حرزا، ولا يحرز فيه مثلُ الوديعة، فهلكت، ضمن»(٣).

أدلة الضابط:

١- أن العُرف والعادة المطردة من الأدلة المعتبرة في الشريعة الإسلامية؛ قال تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾ [الأعراف: ١٩٩]، فما لم يكن هناك تقدير شرعي وتقويم منصوص عليه يُحكِّم الشرع الأعراف والعادات، ومن ذلك طريقة حفظ الوديعة؛ فما لم يصرح صاحب الوديعة بطريقة خاصة لحفظ وديعته، فالمودَع مطالب بحفظ الوديعة

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية: المادة ٧٨٢، حاشية الحسن بن رحال على شرح ميارة ١٨٨/٢، المبدع ٢٣٤/٥، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد للقاري المادة ١٣٤٨.

(٢) انظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٧٦/٢، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٤٣/٢، شرح المجلة للأتاسي ٢٤٩/٣، المقدمات الممهدات لابن رشد الجد ٤٦٦/٢، المهذب ٣٦٦/١، روضة الطالبين ٣٤١/٦، أسنى المطالب ٨٢/٣، كفاية الأخيار للحصني ١٠/٢، شرح منتهى الإرادات ٤٥٠/٢، كشاف القناع ١٨٧/٤، المغني ٢٥٩/٩- ٢٦٥.

(٣) انظر: الأم للإمام الشافعي ١٣٧/٤.

بما يحفظ به ماله، والأصل أن صاحب المال يعتمد ما جرى به العرف والعادة في حفظ الأموال، فلا يكون المودَع حينئذ مقصِّرًا في حفظ الوديعة، فكانت العادة محكَّمة في حفظ الودائع.

٢- أن الوديعة عقد من عقود الأمانات، وعقود الأمانات لا ضمان فيها إلا بالتقصير والتفريط؛ قال شريح القاضي: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»[١]: والإغلال هو الخيانة، فالخيانة في حفظ الوديعة تكون سببا في تضمين المودَع، ومن مظاهر الخيانة التقصير في حفظ الوديعة، وضابط هذا التقصير مخالفة العرف والعادة في الحفظ، فذلك هو السبب الظاهر المنضبط في تقويم التقصير في حفظ الأمانات[٢].

تطبيقات الضابط :

١- للوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه، أو عند من يأتمنه على حفظ ماله من عياله؛ كزوجته وولده وخادمه ونحوهم[٣]؛ لأن المودع مطالب بأن يحفظ الوديعة بما جرى به العرف في حفظ الأموال، وقد جرى العرف بأن يحفظ الإنسان مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء أخرى، فله

---

(١) رواه عبدالرزاق ١٧٨/٨ (١٤٧٨٢) والبيهقي في الكبرى ٩١/٦ عن شريح القاضي قوله، وقال: هذا هو المحفوظ ورواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٨) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما مرفوعا، وقال: عمرو (هو ابن عبد الجبار) وعبيدة (هو ابن حسان) ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

(٢) انظر: الاستدلال بهذا الحديث على القاعدة في درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢٦٦/٢.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٣٣٩/٤، مجمع الأنهر ٣٣٩/٢، الإشراف على مذاهب الأشراف لابن المنذر ٢٥٢/١، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٣١١/٢، الكافي لابن عبد البر ص ٤٠٣، التفريع لابن الجلاب ٢٧١/٢، شرح الزرقاني على مختصر خليل ١١٧/٦، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢٥٤/٢، المغني لابن قدامة ٢٦٠/٩، كشاف القناع ١٨٧/٤، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد للقاري ص ٤٢٣.

أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضا(١)، فإن دفع المودع الوديعة إلى أحد من هؤلاء فلا ضمان عليه، أما إذا وضعها عند من لا يأتمنه منهم، ولا يحفظ ماله عندهم، فإنه يصير بذلك ضامنا، لأنه تفريط منه في حفظ الوديعة.

٢- إذا وضع المودَع وديعةً ـ مثلَ النقود والمجوهرات ـ في مكان لا يناسب حفظها وصيانتها عن الضياع كالدار المفتوحة للضِّيفَان، ومحالٍّ العمل التي يغشاها الناس بغير احتراز واستئذان؛ كالمحالِّ التجارية وورَشِ العمل، فهذا الفعل منه يعدُّ تقصيرا في حفظ الوديعة؛ لأنه خرج على ما جرت العادة به في حفظ مثل هذا النوع من الودائع؛ إذ العادة في حفظها أن توضع في الصناديق، في البيوت أو الخزائن الآمنة، وبهذه الحال إذا ضاعت الوديعة أو هلكت لزمه الضمان(٢).

٣- إذا أودع صاحب الحانوت وديعة، فوضعها في حانوته، وهو حرز مثلها، فسرقت من الحانوت بدون تعدٍّ منه ولا تقصير في الحفظ، فلا ضمان عليه، ويقبل قوله بيمينه؛ لأنه غير مضيع لما في حانوته، وإن أجلس على بابه ابنا له صغيرا وكان الصبي يعقل الحفظ ويَحفظ فلا يضمن، والحاصل أن العبرة للعرف حتى لو ترك الحانوت مفتوحا أو علق الشبكة على بابه ونام، ففي النهار ليس بتضييع، وفي الليل إضاعة؛ تبعا لقضاء العادة في ذلك كله(٣).

٤- إيداع المتعلقات الشخصية للمتسوقين في المحالِّ التجارية، والزوَّار

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٠٨.
(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية: المادة ٧٨٢، وشرحها لعلي حيدر ٢/٢٧٩-٢٨٠.
(٣) انظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٧٥.

في صالات العرض، وقاعات المؤتمرات، والمعارض الكبرى[١]؛ فهذه الأماكن وما شابهها تقوم بتخصيص مكان لحفظ متعلقات زوارها يعرف غالبا بقسم الأمانات، فإذا خالفت هذه الجهات العرف الجاري في حفظ المتعلقات فتركتها بغير حارس، أو في مكان مفتوح بلا مراقبة ضمنت حينئذ ما يضيع منها، وإن ضاعت من هذه الأماكن المخصصة، فلا ضمان؛ جريًا على موجب هذا الضابط.

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

(١) كمعارض الكتاب، ومعارض السلع المعمِّرة، ومعارض التسويق العقاري، ومعارض متطلبات الكمبيوتر، ومتطلبات التقنية الحديثة.

ضوابط باب العارية

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٧

نص الضابط: الإِعَارَةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الـمُسَامَحَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الإعارة عقد إرفاق[٢]. (ومسامحة)[٣].

٢- العارية عقد إرفاق ومعونة[٤].

٣- الإعارة تقتضي المسامحة[٥].

٤- التسامح جارٍ في الإعارة[٦].

صيغ ذات علاقة :

١- التسامح في المنافع أكثر من التسامح في الأعيان[٧]. (أعم).

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/١٤٢.

(٢) المراد بالإرفاق: نفع الغير والإحسان به انظر: المصباح المنير للفيومي ٢/٤٠٤.

(٣) انظر: شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣/٢٣٢.

(٤) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٤/٦٧.

(٥) انظر: نهاية المحتاج ٥/١١٨، تحفة المحتاج ٥/٤١١، حاشية البجيرمي على الخطيب ٣/١٥٩.

(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٥٨.

(٧) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٢٤٨، وانظرها بلفظ: "يتسامح في المنافع ما لا يتسامح في الأعيان"، في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط:

• **الإعارة في اللغة**: من التعاور، وهو التداول والتناوب مع الرد والإعارة: مصدر أعار، والاسم منه العارية، وتطلق على الفعل، وعلى الشيء المعار، والاستعارة: طلب الإعارة[1] والإعارة في الاصطلاح: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه[2] والمسامحة: المساهلة[3].

وقد أجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها[4].

ومفاد الضابط: أن الإعارة شانها شأن سائر عقود التبرعات التي مبناها على المساهلة والتجاوز واليسر؛ لأنها نوع إحسان وبر ومروءة، فيتسامح فيها ما لا يتسامح فيما دونها من المعاملات المبنية على المشاحّة والاستقصاء والمماكسة، مما يقصد من مباشرته الاسترباح كالبيع والإجارة[5]، فليس للجهالة ولا للشروط تأثير في عقد العارية كما لذلك تأثير في عقود المعاوضات.

فمثلاً: ورد النهي في السنّة المطهرة عن عَسْب الفَحْل[6] فعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: «نهى النبي ﷺ عن عَسْب الفحل»[7]، فإعطاء الرجل فحله

---

(١) تاج العروس مادة (عور).

(٢) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٩/٤٤.

(٣) لسان العرب لابن منظور ٢/٤٨٩.

(٤) وقيل: هي واجبة، وخص بعض الفقهاء وجوبها بموضع الضرورة والحاجة انظر: الجوهرة النيرة ١/٣٥٠، الفواكه الدواني ٢/١٦٨، مغني المحتاج ٣/٣١٣، المغني لابن قدامة ٥/١٢٨، كشاف القناع ٤/٦٢، التاج المذهب ٣/٢٥٧، شرائع الإسلام ٢/١٣٥، شرح النيل وشفاء العليل ١٢/١١٢.

(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٥٨، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٦٨، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ٥/١١٨، كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ٤/٦٧، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٤٣٠، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/٥٤.

(٦) الفحل: الذكر من كل حيوان، فرسًا كان أو جملاً أو تيسًا أو غير ذلك، والمراد بعسبه: أي ماؤه، أو ضرابه أي نزوه انظر: حاشية الشلبي ٥/١٢٤.

(٧) رواه البخاري في صحيحه ٣/٩٤ (٢٢٨٤).

لغيره ليستفيد منه في تلقيح ناقته إن كان على سبيل البيع أو الإجارة لا يجوز، لأنه غير متقوَّم ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه، أما إن كان الإعطاء على سبيل العارية فلا خلاف بين أهل العلم في جوازه[1].

أدلة الضابط :

١- الإعارة مبنية على المسامحة والتجاوز، لما فيها من معنى الإرفاق والمعونة والإحسان، والمحسن قد تجاوز الشرع عنه فلا سبيل عليه ولا إثم قال تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١].

٢- لأن الإعارة ليست معاوضة، ولا هي بعقد لازم، وإنما هي تبرع محض ومعونة، والتبرع تجري فيه المسامحة[2].

٣- يجري التسامح في الإعارة، لأنها عقد وارد على المنافع، والتسامح في المنافع أكثر من التسامح في الأعيان[3].

تطبيقات الضابط :

١- إعارة المشاع القابل للقسمة وغير القابل صحيحة، وسواء أعير إلى الشريك أو إلى أجنبي كما أن إعارة الشيء الواحد إلى شخصين صحيحة أيضًا، وسواء أعير على أن يستعمل مناصفة أو بنسبة الثلث والثلثين أو أجملت كيفية الاستعمال ولم تفصَّل[4].

٢- متى شاء المعير رجع عن العارية، وإن كانت مؤقتة والمدة باقية؛

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ١٢٦/٧.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٣٣/٢.

(٣) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٤٨/٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢١٥/٦.

لأنها إرفاق فلا يليق بها الإلزام[١].

٣- إذا طلب شخص من امرأةٍ إعارةَ شيء هو ملك زوجها وأعارته إياه بلا إذن الزوج، وكان ذلك الشيء مما هو داخل البيت وفي يد الزوجة عادةً جازت الإعارة؛ لأن الزوجة مستعيرة لذلك الشيء، وللمستعير إعارة المستعار لآخر[٢].

٤- للمستعير أن يودع العارية عند آخر، وإذا هلكت في يد المستودَع بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان[٣].

٥- لو أعير المتيمم دلواً أو نحوه في وقت الفرض وجب عليه قبوله إذا لم يمكنه تحصيل ذلك بشراء أو نحوه؛ لأن المسامحة بذلك غالبة فلا تعظم فيه المنَّة، بخلاف ما لو وُهب له ثمن الماء فإنه لا يجب عليه قبوله[٤].

٦- لا تجوز إجارة الهدي والأضحية المنذورَين، لأنها بيع للمنافع ويجوز إعارتهما، لأنها إرفاق[٥].

٧- إذا قال: أجرتك هذه الأرض ولم يذكر هل هي للبناء أو الغراس أو الزراعة، وكانت صالحة للجميع، لم يصح عقد الإجارة وتصح العارية على وجه؛ لأن أمرها على التوسعة والإرفاق[٦].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٤٠.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٦٩.
(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٧٢.
(٤) انظر: حاشية البجيرمي على الخطيب ١/٢٨٧.
(٥) انظر: المجموع شرح المهذب ٨/٣٢٧.
(٦) انظر: شرح البهجة الوردية ٣/٢٣٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٨

نص الضابط: كُلُّ مَا جَازَتْ إِجَارَتُهُ جَازَتْ إِعَارَتُهُ، وَمَا لا فَلا[١].

صيغ أخرى للضابط :

- حيث جازت الإجارة جازت الإعارة[٢].

صيغ ذات علاقة :

حكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه[٣]. (تكامل).

شرح الضابط :

يفيد هذا الضابط : أن كل عين تجوز إجارتها من المباحات المنتفَع بها مقابل عوض فإنه تجوز إعارتها من غير عوض، فمثلاً: تجوز إجارة الدور

---

(١) تحفة المحتاج في شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ٤١٤/٥، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ١٢١/٥.
(٢) حواشي الشبراملسي مع نهاية المحتاج للرملي ٢٦٢/٤.
(٣) المغني لابن قدامة ٣٦٠/٥.

والمساكن للسكنى، لأنها من الأشياء المباحة المنتفع بها، فكذلك تجوز إعارتها.

كما يفيد الضابط بمفهومه أن كل عين لا تجوز إجارتها من المحرمات فإنه لا تجوز إعارتها، فلا تجوز مثلاً إجارة محل لبيع الخمور والمسكرات، فكذلك لا تجوز إعارته، وهذا عند كافة الفقهاء[(١)].

أدلة الضابط :

يستدل لهذا الضابط بأن الإعارة كالإجارة، فكلاهما استيفاء للمنافع، لكن الفرق بينهما أن الإجارة استيفاء للمنافع بعِوَض، والإعارة استيفاء للمنافع بغير عوض كما أن شروط ما يؤجر وما يعار واحدة[(٢)].

تطبيقات الضابط :

١- تجوز إعارة الكتب النافعة، ككتب الحديث والفقه والشِّعر المباح لجواز إجارتها[(٣)]، لأنه حيث جازت الإجارة جازت الإعارة.

٢- تجوز إعارة الأرض للزرع والغرس والبناء[(٤)]، لجواز إجارتها؛ لأن كل ما تجوز إجارته تجوز إعارته.

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٣٣٠/٥، حاشية الدسوقي لابن عرفة ٣٥٩/١٤، المهذب للشيرازي ٢٤٣/٢، تكملة المجموع للمطيعي ٢١٠/١٤، نهاية المحتاج ٤٨٥/١٣، المغني ٣٦٠/٥، ١٤٣/٦، المحلى لابن حزم ٧٩٦/٧، شرح النيل لأطفيش ٤٤/٢٣-٥٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٢٥٠/١٠، شرح الأزهار لابن مفتاح ٤٢٦/٣، جامع المقاصد للكركي ٥٤/٨، ٥٧، ٦١.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٣٣٠/٥، إعانة الطالبين للبكري ١٥١/٣، الشرح الصغير للدردير ٥٧٠/٣.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٥٧/٢، المغني ٥٥٣/٥ – ٥٥٤.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٢٩٦/٧.

٣- يصح استئجار شبكة لصيدٍ مدةً معلومةً(١)، فيصح إعارتها أيضًا؛ لأنه حيث جازت الإجارة جازت الإعارة.

٤- تجوز استعارة الكلب والسِّنَّور والفهد للصيد(٢)، لجواز إجارتها؛ لأنه حيث جازت الإجارة جازت الإعارة.

٥- تجوز إجارة ما يحتاج إليه من أشياء في تدبير المعيشة، كالفأس والدلو والحبال والخيام والقِدْر والرحى، فتجوز إعارتها كذلك(٣)؛ لأنه حيث جازت الإجارة جازت الإعارة.

٦- تجوز إجارة الحلي(٤)، فكذلك تجوز إعارته؛ لأن كل ما تجوز إجارته تجوز إعارته.

٧- تجوز إعارة الدابة للركوب(٥)، لجواز إجارتها؛ لأن كل ما تجوز إجارته تجوز إعارته.

٨- لا تصح إجارة دار لتُتخذ كنيسة أو بيعة أو صومعة راهب أو بيت نار لتعبّد المجوس(٦)، فكذا لا تصح إعارتها(٧) عملا بمقتضى مفهوم الضابط المذكور.

٩- يحرم إعارة السلاح للحربي(٨)، كما يحرم إجارته له؛ جريا على مفهوم الضابط المذكور.

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٤٨.
(٢) انظر: جامع المقاصد للكركي ٨/٦١.
(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٥/٤٤٢، المغني ٦/١٤٣، المحلى لابن حزم ٧/٧٩٦.
(٤) انظر: المغني ٦/١٤٣.
(٥) انظر: جامع المقاصد للكركي ٨/٥٤.
(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٤٨.
(٧) انظر: الإقناع ٢/٣٣١.
(٨) انظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٩/٥٧.

١٠- لا تجوز إجارة آلات اللهو[١]، فلا تجوز إعارتها أيضًا[٢] جريا على مفهوم الضابط المذكور.

استثناءات من الضابط :

- إعطاء الرجل فَحله للضراب على سبيل الإجارة لا يجوز عند جمهور الحنفية والشافعية في ظاهر المذهب والحنابلة، لنهي النبي ﷺ عن عَسْب الفَحْل[٣] ولكن يجوز إن كان على سبيل الإعارة.

قال الحنابلة: إن أطرق إنسان فحله بغير إجارة ولا شرط فأهديت له هدية فلا بأس[٤].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: المغني ٦/١٣٤- ١٣٦- ١٣٨، الشرح الصغير ٤/١٠، المهذب ١/١٩٤، البدائع ٤/١٨٤، ١٩١.

(٢) انظر: جامع المقاصد للكركي ٨/٥٧.

(٣) رواه البخاري ٣/٩٤ (٢٢٨٤) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما والفَحْل: الذكَر من كل حيوان والعَسْب: طَرْق الفَحْل أي ضِرابُه والمقصود بالحديث: الكِراء الذي يُؤخذ على تلقيح الفَحْل انظر: لسان العرب لابن منظور ١/٥٩٨، ١١/٥١٦.

(٤) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٤٥٤، المهذب ١/٣٩٤، المغني ٦/١٣٣، ١٣٤، كشاف القناع ٣/٤٧١ ونُقل عن مالك وبعض الشافعية وأبي الخطاب من الحنابلة جواز إجارته انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٢٤٥، المهذب ١/٣٩٤، الفتاوى الهندية ٤/٤٤٥-٤٤٦، كشاف القناع ٣/٤٧١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٤٩

نص الضابط: كُلُّ مَا أَمْكَنَ الانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ جَازَتْ إِعَارَتُهُ[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل عين أمكن الانتفاع بها مع بقائها يجوز إعارتها[2].

٢- تصح الإعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها[3].

٣- تجوز إعارة كل شيء صالح للانتفاع مع بقاء العين[4].

٤- تجوز إعارة ذي نفع جائز ينتفع به مع بقاء عينه[5].

٥- العارية إنما تصح فيما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه[6].

٦- الأصل في العارية ألا يكون فيها استهلاك المعار[7].

---

(١) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحصيني ص ٢٩١.
(٢) انظر: شرح السنة للبغوي ٢٢٢/٨.
(٣) المهذب ٣٦٣/٢ نشر دار الفكر بيروت.
(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٤٢/٢.
(٥) الفروع لابن مفلح ٤٦٩/٤، الإنصاف للمرداوي ١٠٣/٦.
(٦) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ١٢٦/٥.
(٧) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملي ١٢٢/٥، وانظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني٣/٣١٧، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤١٦/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٢٦/٢.

صيغ ذات علاقة :

١- ما ينتفع به انتفاعًا محرمًا لا تصح إعارته[١]. (تكامل).

٢- إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك يكون قرضًا[٢]. (تكامل).

٣- ما يملك الإنسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضمونًا عليه يكون قرضًا[٣]. (تكامل).

شرح الضابط :

هذا الضابط بعد أن قرر في شطره الأول جَعْلَ قابلية محل العارية لقبول حكمها شرعا شرطا في صحتها، وعليه فلا يجوز إعارة الخنزير، ولا يجوز إعارة آلات اللهو والفساد، ولا يجوز إعارة الذهب والحرير للرجل لاستعماله في اللباس، قرر في شطره الثاني لصحة وصف التصرف بأنه عارية أن تكون العين التي مُلِّكت أو أبيحت منافعها بلا بدل يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، كإعارة الدابة للركوب والثوب للباس والفأس للقطع والقدر للطبخ والمقلى للقلو والرحى للطحن والإبرة للخياطة، أمَّا إن كانت العين التي تعلقت بها الإعارة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، كالمكيلات والموزونات وما في حكمهما مما يستهلك بالاستعمال، والدراهم والدنانير وما في حكمهما مما يقصد من الإنفاق كسائر النقود، فلا يوصف العقد عليها بكونه إعارة، وإنما يوصف بأنه قرض؛ لأن حقيقة الإعارة فيه منفية.

وبهذا يتبين أن الإعارة نوعان : حقيقة ومجاز، فالحقيقة: إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، كالثوب والدار والدابة، والمجاز: إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه، فتكون إعارة صورة وقرضا معنى؛ لأن الانتفاع بها إنما يمكن باستهلاك عينها فاقتضى إعارتها تمليكها، وذلك

(١) انظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ٣/٣١٦.

(٢) فتاوى قاضيخان ٣/٢٦٥، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/١٣٣.

يكون بالهبة أو القرض لكونه أدنى ضررا؛ لأنه يوجب رد المثل، إلا إذا عين انتفاعا يمكن رد العين بعده، أي بعد الانتفاع كما لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو ليزين بها دكانا صارت عارية لا قرضا(١).

أدلة الضابط :

١- ما رَوى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أَدْرُعًا يوم حنين، فقال: أغصبًا يا محمد؟ قال: «**بل عارية مضمونة**»(٢) فثبت حكم الإعارة في المنصوص عليه وهي الأدرع، فيقاس عليها كل ما ينتفع به مع بقاء عينه، وخرج بذلك ما لا ينتفع به إلا مع تلف عينه كالأطعمة والأشربة(٣).

٢- قوله ﷺ في خطبة حجة الوداع: «**العارية مؤداة**»(٤).

وجه الاستدلال : أن أداء العارية يلزم منه بقاء عينها.

٣- الإعارة في حقيقتها إذن بالانتفاع، وليست تمليكًا للعين، وما كان كذلك لا يجوز استهلاك عينه، لأن استهلاك العين يتوقف على تملكها(٥).

٤- لأن حقيقة الإعارة ـ وهي الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه ـ منفية في تمليك منفعة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه، كالمطعوم والمشروب والمُنفَق(٦).

---

(١) انظر: مجمع الأنهر ٣٤٧/٢.

(٢) رواه أحمد ١٣/٢٤ (١٥٣٠٢)، وأبو داود ٢٠٢/٤ (٣٥٥٧)، والنسائي في الكبرى ٣٣١/٥ (٥٧٤٥)، والحاكم ٥٤/٢ (٢٣٠٠) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه.

(٣) انظر: المهذب ٣٦٣/٢، كشاف القناع ٦٢/٤.

(٤) رواه أحمد ٦٢٨/٣٦ (٢٢٢٩٤)، وأبو داود ٢٠٣/٤ (٣٥٦٠)، والترمذي ٥٦٥/٣ (١٢٦٥)، والنسائي في الكبرى ٣٣٢/٥-٣٣٣ (٥٧٤٩) (٥٧٥٠)، وابن ماجه ٨٠١/٢-٨٠٢ (٢٣٩٨)، وقال الترمذي: حسن غريب.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢١٤/٦، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٤٢/٢.

(٦) انظر: تكملة فتح القدير لقاضي زاده ١٤/٩، الفتاوى الهندية ٣٦٣/٤، حاشية البجيرمي على الخطيب ١٥٦/٣، حاشية الجمل ٤٥٥/٣.

تطبيقات الضابط :

١- تجوز إعارة الحلي للنساء، والدور للسكنى، والكتب للقراءة، والثياب للباس، والدواب للركوب، والفأس للقطع، والقِدر لطهو الطعام، والدلو لرفع الماء، والرحى للطحن ونحوه؛ لأنها كلها منتفَع بها انتفاعًا مباحًا وعينها باقية[١].

٢- يصح إعارة الأرض للزرع، والبساط للفرش؛ لأن الأرض والبساط مما ينتفع به مع بقاء عينه، فصحت إعارته[٢].

٣- لا تصح إعارة الشمعة للوقود، والأطعمة للأكل، والصابون للغَسل؛ لأن الانتفاع بهذه الأشياء يحصل بذهاب العين[٣].

٤- لو استعار الشجرة ليأخذ ثمرها أو البئر ليأخذ ماءها أو الشاة للبنها أو الدواة للكتابة منها جاز، ويكون أخذ الثمرة والماء واللبن والمداد من باب الإباحة لا العارية، والمعار هو محالّها، على الراجح من مذهب الشافعية وهي باقية، فصحت إعارتها[٤].

٥- يجوز إعارة السيارات، والأجهزة الإلكترونية كالكمبيوتر والتلفاز، والأجهزة الكهربائية كالثلاجة والغسالة؛ لأن هذه الأشياء يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها، فصحت إعارتها.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني٢/١٦٨، المهذب١/٣٦٣، المغني٥/١٣١.

(٢) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/٢٢.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٣٤٢، ٣٤٣، إعانة الطالبين ٣/١٥٤، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٥/١٢٢.

(٤) انظر: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٣/٣١٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٠

نص الضابط: إِعَارَةُ مَا لَا يُمْكِنُ الانْتِفَاعُ بِهِ إِلَّا بِالاستِهلَاكِ يَكُونُ قَرْضًا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الإعارة بشرط استيفاء منفعة لا تستوفى مع بقاء العين تنعقد قرضا وتجري فيها أحكامه[٢].

٢- إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا بإتلافه تكون قرضا[٣].

٣- إعارة ما لا ينتفع بأعيانها إلا بالاستهلاك تكون قرضا في العرف[٤].

٤- الإعارة الواردة على استهلاك العارية قرض فاسد[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٣٤/١٤، بدائع الصنائع للكاساني ٢١٥/٦، ٢١٨/٧، فتاوى قاضيخان ٢٦٥/٣.

(٢) مجلة الأحكام لأحمد قاري ٤٠٧/١.

(٣) فتاوى قاضيخان ١٣٨/٣.

(٤) تحفة الفقهاء لعلاء الدين ١٩٥/٣.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٤٣/٢.

صيغ ذات علاقة :

١- المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض[١]. (أعم).

٢- لو أعيرت القِيَميَّات على أن تستهلك تكون قرضا[٢]. (أخص).

٣- لفظ العارية في الأثمان قرض[٣]. (أخص).

شرح الضابط :

اتفقت مذاهب الأمة على أن العارية : تمليك المنفعة بغير عوض، سميت عارية لتعرِّيها عن العوض فإنها مع العرية اشتقت من شيء واحد، ولهذا اختصت بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه[٤]، فكان من شروطها أن يكون الشيء المستعار صالحا للانتفاع به دون استهلاك عينه، أما إذا كان الانتفاع موقوفا على ذهاب العين فلا تكون هذه الإعارة صحيحة[٥].

والقرض لغة هو: ما يتجازى به الناس بينهم ويتقاضونه، وجمعه قروض، وهو ما أسلفه الشخص[٦].

وهو شرعا : تمليك الشيء على أن يرد بدله، وسمي بذلك لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله ويسميه أهل الحجاز سلفا[٧].

ووجه الارتباط بين القرض والعارية هو أن كلاً من العقدين عقد تبرع، ولكل من العاقدين فيهما حق الرجوع عنه.

---

(١) المبسوط ١٤/٣٥.
(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٤٣.
(٣) الفروع لابن مفلح ٤/٤٧٠.
(٤) انظر: المبسوط ١١/١٣٣، المحلى لابن حزم ٨/١٣٨.
(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٤٣ - ٣٤٤.
(٦) انظر: لسان العرب ٧/٢١٦.
(٧) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/١٤٠.

والمعنى الإجمالي من الضابط هو : أن العارية عقد من عقود التبرع التي تدعو إليها حاجة الناس، فمقصدها حاجي غير أنها محددة حقيقة وحكما، فحقيقتها أنها انتفاع بالذات مع المحافظة على عينها على الدوام بغض النظر عن كون الشيء المعار مما يقبل استهلاك العين أو بقاءها كالدور، والعقار والدواب، والثياب، والحلي للبس، وغير ذلك؛ لأن النبي ﷺ استعار أدرعا[١] ولأن الأصل في الإعارة أن لا يكون فيها استهلاك المعار[٢] إلا إذا عين انتفاعا يمكن رد العين بعده كما لو استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو ليزين بها دكانا صارت عارية لا قرضا[٣].

أما إذا كان الشيء لا تمكن إعارته إلا بذهاب عينه، فإن حكمه ينتقل من الإعارة إلى القرض، بحيث تجري عليه أحكام القرض، مما يجعل الضابط متعلقا بقاعدة «العبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ»[٤] وهذا المعنى هو الجاري على الضابط.

والسبب في حمل إعارة ما تذهب عينه بالاستهلاك على القرض هو أن إعارته إذن بالانتفاع به، والانتفاع به إنما يكون باستهلاك عينه، والاستهلاك يتوقف على الملك فيقتضي بالضرورة تمليك العين، وتمليك العين كما أنه يكون بالهبة يكون أيضًا بالقرض، والواقع أن القرض أدنى من الهبة في الضرر؛ لأن القرض يستلزم رد مثله، وهذا المثل يقوم مقام العين التي صار إقراضها استثناء.

ومع كون إعارة المثليات تعتبر قرضا على الوجه المشروح، إلا أنه إذا

(١) المغني لابن قدامة ١٣١/٥ .
(٢) نهاية المحتاج للرملي ١٢٢/٥.
(٣) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٤٦/٢ .
(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ١٠٢/٥.

تبيَّن فيها منفعة للاستعمال مع بقاء العين فإن العقد يكون في ذلك عارية بلا اشتباه؛ لأنه يمكن في تلك الحالة العمل بالإعارة التي هي تمليك للمنفعة مع بقاء العين، إذ لا يذهب إلى المجاز مع إمكان حمل الكلام على الحقيقة.

فمثلاً: لو استعار أحد دينارا ليزن به دنانيره، أو استعار أموالا ليُزيِّن بها حانوته، فيكون ذلك عارية حقيقية، فليس للمستعير استهلاكها والانتفاع بها بصورة غير الصورة المعينة(١).

أدلة الضابط:

١- لأن الإعارة إذن في الانتفاع بالمستعار، فإن كان الشيء المعار لا يتأتى الانتفاع به إلا باستهلاك عينه ولا يملك الاستهلاك إلا إذا ملكه، فإن ذلك يقتضي تمليك عينه ضرورة، وذلك إما بالهبة وإما بالقرض، والقرض أدناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل؛ لأن العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين، ولهذا صير إليه في ضمان العدوان فاتفقا(٢).

٢- ولأن من شرط الإعارة كون المستعار قابلا للانتفاع به مع بقاء عينه، ومع الاستهلاك تنعدم العين، فتتعذر حقيقة الإعارة فيه، فجعلت إعارة ما تنعدم عينه في منزلة الكناية عن القرض(٣).

٣- ولأن الإعارة لما كانت تمليك المنفعة أو إباحة المنفعة على اختلاف الأصلين، ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة، ولا يمكن - تصحيحا - إعارة

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٤٢- ٣٤٣.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٥/٨٧- ٨٨، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٤٢.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٩/١٤.

حقيقية، فتصحح قرضا مجازا لوجود معنى الإعارة فيه[١].

٤- ولأن العارية عقد، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ[٢]، ولهذا انقلبت إعارة ما تستهلك عينه قرضا.

تطبيقات الضابط:

١- لو استعار أحد عددا من الخشب أو مقدارا من اللَّبِنِ ليستعمله في بنائه، أو استعار قماشا ليخيطه ثوبا أو يرقِّع به ثيابا، فلا يكون ذلك استعارة حقيقية، بل يكون قرضا، وعلى المستقرض أن يضمن بدل القرض أي قيمة المال الذي استهلكه[٣].

٢- لو قال أحد لآخر: قد أعرتك هذا الطبق من الحلوى، فأخذه الآخر واستهلكه ضمنه ذلك الشخص على أنه قرض ما لم يكن بينهما صداقة أو غيرها مما يدل على الإباحة، وفي حالة وجود ذلك يكون هذا العمل إباحة[٤].

٣- عارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض؛ لأن الإعارة إذن في الانتفاع، ولا يتأتى الانتفاع بالنقود إلا باستهلاك عينها فيصير مأذونا في ذلك، وفيه طريقان: إما الهبة أو القرض فيثبت الأقل لكونه متيقنا به، ولأن المستعير يلتزم رد العين بعد الانتفاع، ويتعذر هنا رد العين فيقام رد المثل مقام رد العين، والقبض الذي يمكنه من استهلاك

---

(١) بدائع الصنائع ٦/٢١٥.
(٢) غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢٦٨.
(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٤٣.
(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٣٤٣.

المقبوض ويوجب عليه ضمان المثل القبض بجهة القرض(١).

٤- إعارة كل ما يكال أو يوزن أو يُعَدُّ مثل الجوز والبيض وسائر المثليات عند الإطلاق قرض؛ لأنه لا ينتفع بها إلا باستهلاك العين، فيثبت لها حكمه(٢).

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٤٥/١١، المدونة لسحنون ٤٥٢/٤، شرح مختصر خليل للخرشي ١٢٣/٦، أسنى المطالب ٣٢٥/٢، الفروع لابن مفلح ٤٧٠/٤، البحر الزخار ١٢٦/٥، شرائع الإسلام ١٣٨/٢، شرح النيل ١٣٣/١٢.

(٢) انظر: المبسوط ١٣٣/١١، ١٤٥، بدائع الصنائع ٢١٥/٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٤٢/٢ - ٣٤٣، التاج والإكليل ٢٩٨/٧، الفروع ٤٦٩/٤، الإنصاف ١٠٤/٦، شرح النيل ١٣٣/١٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥١

نص الضابط: كُلُّ شَرْطٍ يُنَافِي عَقْدَ الإِعَارَةِ فَهُوَ لَاغٍ[١].

صيغ ذات علاقة :

١- كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط[٢]. (أعم).

٢- يجب اتباع كل شرط لا ينافي مقتضى العقد[٣]. (أعم).

شرح الضابط :

الشَّرْط لغة: إلزام الشيء والتزامه[٤]، والمراد به هنا: ما يتفق عليه العاقدان.

ومفاد الضابط: أن عقد العارية إذا تضمَّن شرطا ينافي أحكام العارية ومقتضاها وآثارها التي تترتب عليها بموجب وضعها الأصلي، وهو الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه بلا عوض، فهو شرط باطل لا عبرة به[٥] وهذا الضابط

---

(١) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٢٩٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٢٢٢/٥، وانظر قاعدة: "كل ما كان أمانة أو مضمونًا لا يزول عن حكمه بالشرط"، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) جامع المقاصد للكركي ٢٢/١١، ٢٥/٢، وانظر: قاعدة: "المسلمون عند شروطهم"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) انظر: لسان العرب، وتاج العروس (شرط).

(٥) المبسوط ١١/١٤.

محل اتفاق بين الفقهاء؛ حيث إن عبارات الفقهاء تضافرت على إهدار ما ينافي العقد ويقعده عن تحصيل مقصوده، وإن كان هناك اختلاف فمحله تحقيق مناط الضابط في الفروع والجزئيات.

ويجدر التنبيه إلى أنه لا يلزم من عدم اعتبار الشرط لكونه منافيا لموجب العقد، إبطال العقد بالكلية، فإن أمكن تحويله إلى عقد آخر من العقود الجائزة حيث توافرت فيه خصائص عقد آخر، تحول إليه، إذا تبين انصراف إرادة المتعاقدين إليه؛ لأن المقرر شرعا أن تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن[١] إذ العاقل يقصد بتصرفه الإفادة دون اللغو واللعب والعبث[٢]، ولأن الأصل أنه لا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل[٣]، فإذا تضمن عقد العارية شرطًا يفيد عدم رد العين انقلبت العارية هبة، وإذا تضمن ما يفيد عدم العوض انقلبت إجارة، وإذا تضمن ما يفيد استهلاك العين بلا ضمان انقلبت قرضًا، وإذا تضمن ما يفيد عدم استعمالها انقلبت وديعة، وللمعير عند أكثر أهل العلم في كل ذلك مندوحة وهي أنه يملك إنهاء العقد في أي وقت؛ لأن العارية من العقود الجائزة التي يجوز الرجوع عنها دون التقيد بزمن[٤].

أدلة الضابط:

يستند الضابط إلى عدد من القواعد الفقهية المفيدة بطلان الشروط المنافية لمقتضى العقد، ووجوب الالتزام بالشروط الموافقة لمقتضاه، ومن ذلك:

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٧٩.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٤٤.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢/١٥٨، رد المحتار ٢/١٢٨، المنثور ١/١١١، الفروع ٤/١٥٩.

(٤) وقيل: إن الشروط الفاسدة تسلب من العقد الصحة، فيلغى العقد بالكلية انظر: تفاصيل المسألة في: المبسوط للسرخسي ٣٠/١٩٦، غمز عيون البصائر ١/٣٠٨، التاج والإكليل للمواق ٧/٢٩٩، حاشية العدوي ٢/٥٧٥ وفيها: "لو شرط المستعير على المعير عدم الضمان مما فيه الضمان لا ينفعه لكن هل يفسد العقد أو لا ؟"، منح الجليل لعليش ٧/٥٥، المنثور للزركشي ١/١١١.

١- اشتراط ما ينافي مقتضى العقد مبطل له[١].

٢- ما خالف مقتضى العقد فهو باطل[٢].

٣- يجب اتباع كل شرط لا ينافي مقتضى العقد[٣].

تطبيقات الضابط :

١- لو شَرط المستعير نفي ضمان العين المعارة عنه مع تعدِّيه وتقصيره فالشرط لاغ[٤] ولو شُرط أن يكون المستعير ضامنا إذا تلف المال المستعار في يد المستعير بلا تعد ولا تقصير فلا حكم لهذا الشرط، ولا يلزم المستعير ضمان[٥].

٢- لو أعاره شيئًا وشرط ألا ينتفع بالمعار فالشرط لاغ، كما لو أعاره سلاحًا وشرط ألا يقاتل به[٦].

٣- إذا شرط العوض في الإعارة فالشرط لاغ، لأن عقد العارية لا عوض فيه، ولا تكون إعارة بل تكون إجارة[٧].

٤- إذا شرطت تأدية ضريبة المستعار على المستعير فالشرط لاغ، لأن ضريبة المستعار على المعير[٨].

---

(١) المبسوط ١١/١٤.
(٢) القواعد النورانية ص ١٨٤ – ١٨٥.
(٣) جامع المقاصد للكركي ٢٥/١١.
(٤) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٢٩٧، حاشيتي قليوبي وعميرة ٤٦٨/٨.
(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٤٨/٢.
(٦) انظر: شرح النيل لأطفيش ١٠/٣٠.
(٧) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٤٣/٢، القواعد في الفقه لابن رجب ص٤٩، ٥٠.
(٨) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣٤٣/٢.

٥- إذا استعار رجل من آخر أرضًا على أن ينشئ عليها أبنية ويسكن فيها وتعود إلى صاحبها متى خرج منها، فالشرط لاغ، ولا يكون هذا العقد عارية بل إجارة فاسدة، لأن المدة والأجرة مجهولتان وبناء عليه يصير البناء ملك المستعير ويأخذ المعير أجر مثل أرضه[1].

٦- لو أعاره أرضًا للغراس وشرط في العقد تبقية الغراس يبطل العقد، لأنه شرط ينافي مقتضى عقد الإعارة[2].

٧- لو استعار أحد لوحًا من الخشب على أن يستعمله في بنائه أو استعار قماشا على أن يرقع به ثوبه فالشرط لاغ، ولا يكون ذلك استعارة بل يكون قرضا، وعلى المستقرض أن يضمن قيمة المال الذي استهلكه[3].

٨- إذا أعاره ناقته على أن يعيره الآخر فرسه فالشرط باطل، لأنه مناف لعقد الإعارة، إذ هي تبرع غير مقابَل بِعِوَض[4].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/ ٢٣٢.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٧٢.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/ ٣٤٣.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٤٨.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٢

نص الضابط: الأَصْلُ فِي العَارِيَةِ الضَّمَانُ حَتَّى يَثْبُتَ مُسْقِطٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١ـ الأصل أن العارية مضمونة حتى تؤدى[٢].

٢ـ كل عارية مضمونة على المستعير[٣].

٣ـ العارية مضمونة في يد المستعير[٤].

٤ـ مقتضى العقد في العارية الضمان[٥].

٥ـ حكم العارية الضمان[٦].

٦ـ شأن العارية الضمان[٧].

---

(١) الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٢٣٦/٣، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤٢٢/٥، وانظر: نهاية المحتاج ١٢٨/٥.

(٢) انظر: الأم للشافعي ٢٤٠/٦.

(٣) الأم ٢١٥/٨.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٦٧.

(٥) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٩٣/٢.

(٦) نهاية المحتاج للرملي ١٢٦/٥ وبلفظ آخر: حكم العارية إذا تلفت الضمان انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١١٨/١٢.

(٧) نيل الأوطار للشوكاني ٣٥٨/٥.

صيغ ذات علاقة :

١ـ كل من أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فإنها مضمونة عليه[١]. (أعم).

٢ـ العارية مؤداة[٢]. (معللة).

٣ـ العارية أمانة[٣]. (مخالفة).

شرح الضابط :

لقد اتفق الفقهاء على وجوب تأدية العين المستعارة لصاحبها عند انتهاء مدة الإعارة أو تحصيل الغرض المتفق عليه[٤] بحيث لا يتركها المستعير عنده بعد أن قضى إربه منها[٥]، وأن التعدي أو التفريط من قبل المستعير للعارية يوجب التضمين[٦]، واختلفوا فيما سوى ذلك، وهو: هل الأصل في العارية التضمين؟ وعليه فإن المستعير يضمن إن تلفت العين المستعارة في يده مطلقًا أم أن الأصل فيها الأمانة؟ وعليه فلا يضمن إلا بالتعدي والتفريط أم أن الضمان في العارية منوط بموضع التهمة كما إذا كان محل العارية مما يغاب عليه أم أن

---

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٢٨/٢، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: "كل من أخذ الشيء لمنفعة نفسه منفردًا به من غير استحقاق فإنه مضمون عليه".

(٢) هو لفظ حديث رواه أحمد ٦٢٨/٣٦(٢٢٢٩٤)، وأبو داود ٢٠٣/٤ (٣٥٦٠)، والترمذي ٥٦٥/٣ (١٢٦٥)، والنسائي في الكبرى ٣٣٢/٥-٣٣٣ (٥٧٤٩) (٥٧٥٠)، وابن ماجه ٨٠١/٢-٨٠٢ (٢٣٩٨)، وقال الترمذي: حسن غريب.

(٣) البناية للعيني ٧٦٧/٧، الجوهرة النيرة للعبادي ٣٥١/١، وبألفاظ أخر: "العارية غير مضمونة إن تلفت من غير تعدي المستعير" المحلى لابن حزم ١٣٨/٨.

(٤) انظر: شرح ميارة ١٨٤/٢.

(٥) شرح مياره ١٨٤/٢.

(٦) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢٩٤/٢.

الضمان في العارية منوط باشتراطه من قبل المعير؟ للفقهاء في ذلك أقوال، ملخصها كالتالي:

أولاً: العارية إن تلفت في يد المستعير فعليه ضمانها، تعدى فيها أو لم يتعد، وهذا جار على الصيغة المختارة للضابط وغيرها من صياغاته المتنوعة وإلى ذلك ذهب عبد الله بن عباس وأبو هريرة وعطاء والشافعي وأحمد بن حنبل في المشهور عنهم، ووافقهم الإباضية(١).

ثانيًا: العارية أمانة في يد المستعير، فلو تلفت في يده بلا تعدٍّ ولا تقصير، أو فُقدت، أو نقصت قيمتها من استعماله إياها حسب المعتاد لا يلزمه الضمان، وهذا ما عبرت عنه بعض الصيغ المذكورة في ذات العلاقة وإليه ذهب عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وشريح والحسن والنخعي وعمر بن عبد العزيز والزهري والثوري والليث بن سعد وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي وابن شبرمة وابن حزم والإمامية(٢).

ثالثًا: التفريق بين ما إذا كانت العارية مما يُغاب عليها (أي مما يمكن إخفاؤه وتغييبه) كالثياب والحليّ فتُضمن وبين ما إذا كانت مما لا يُغاب عليه ـ أي يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى ـ كالعقار فلا ضمان، وهذا مذهب المالكية(٣).

---

(١) انظر: الأم ٢١٥/٨، الغـــرر البهيــة لزكريا الأنصاري ٢٣٦/٣، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٤٢٢/٥، وانظر: نهاية المحتـــاج ١٢٨/٥، المغنـــي ١٢٨/٥، إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٢٨٠/٣، الفروع لابن مفلح ٤٤٥/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١١٨/١٢.

(٢) انظر: البناية للعيني ١٧٦/٩، مرشد الحيران لمحمد قدري باشا ١١١/١، الجوهر النقي ٩٠/٦، التمهيد لابن عبد البـــر ١٢٤/١١، الكافـــي لابن عبد البر ٤٠٧/١، الذخيرة ٣١٩/٨، المغني ١٢٨/٥، المحلى ١٣٨/٨، القواعد الفقهية لمحمد اللنكراني ٢٧/١-٢٨، أحكـــام القرآن للجصاص٢٩٤/٢، عون المعبود ٣٤٦/٩، درر الحكام لعلي حيدر ٤٢٢/٥.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ١٢٣/٦، شرح مياره ١٨٥/٢.

رابعًا: إن اشترط المُعير ضمان العارية ضُمنت، وإلا لم تُضمن وإليه ذهب قتادة وعبيد الله العنبري ورواية عن أحمد والزيدية والإمامية والإباضية(١).

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] والعارية من الأمانات التي يجب أن تؤدَّى إلى أهلها، وأداؤها يستلزم ضمانها(٢).

٢- عن صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدرعًا، فقال: أغصبًا يا محمد؟ قال: «بل عاريّة مضمونة»(٣) فقد جعل النبي ﷺ الضمان صفة للعارية، فيقتضي أن يكون صفة لازمة لها.

٣- قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»(٤) قال الإمام الخطابي: «في هذا الحديث دليل على أن العارية مضمونة، وذلك أن (على) كلمة إلزام»(٥).

٤- قوله ﷺ: «العارية مؤداة»(٦) والمراد بقوله مؤداة: أي مضمونة(٧).

---

(١) انظر: حلية العلماء للشاشي القفال٥/١٩٢، الفروع ٤/٤٤٥، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١٢٧، التاج المذهب للعنسي ٣/٢٥٥، الروضة البهية للعاملي ٤/٢٦٤.

(٢) انظر: المحلى ٩/١٧٠.

(٣) رواه أحمد ٢٤/١٣ (١٥٣٠٢)، وأبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٧)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣١ (٥٧٤٥)، والحاكم ٢/٥٤ (٢٣٠٠) من حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه.

(٤) رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي ٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٥) معالم السنن ٥/١٩٧.

(٦) رواه أحمد ٣٦/٦٢٨ (٢٢٢٩٤)، وأبو داود ٤/٢٠٣ (٣٥٦٠)، والترمذي ٣/٥٦٥ (١٢٦٥) والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٢-٣٣٣ (٥٧٤٩) (٥٧٥٠)، وابن ماجه ٢/٨٠١-٨٠٢ (٢٣٩٨)، وقال الترمذي: حسن غريب.

(٧) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٧١.

٥- ومما يؤيد هذا الرأي قاعدة: «الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان»[١] والعارية مما يقبضه الإنسان من مال غيره.

٦- ولأن المستعير إنما قبض العين المستعارة لمنفعة نفسه من غير استحقاق، وقد تقرر أن كل من أخذ العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق فإنها مضمونة عليه[٢].

أما القائلون بعدم وجوب ضمان العارية فاستدلوا بأدلة، منها:

١- حديث «العارية مؤداة» قالوا: الحديث يدل على أن العارية أمانة، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] والأمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير[٣].

٢- قول النبي ﷺ: «ليس على المستعير ـ غير المغل ـ ضمان»[٤] فظاهر من النص أن المستعير ما لم يعتد أو يفرط لا ضمان عليه.

٣- إن المعير قد ائتمن المستعير على العارية حين دفعها إليه، وإذا كان أمينًا لم يلزمه ضمانها، لحديث «لا ضمان على مؤتمن»[٥].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢٣٦/٥.

(٢) انظر: أسنى المطالب ٣٢٨/٢.

(٣) انظر: المغني ١٢٨/٥.

(٤) رواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٨) من حديث عبدالله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما، وقال: عمرو (هو ابن عبد الجبار) وعبيدة (هو ابن حسان) ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع ورواه عبدالرزاق ١٧٨/٨ (١٤٧٨٢) والبيهقي في الكبرى ٩١/٦ عن شريح القاضي، وقال: هذا هو المحفوظ.

(٥) رواه الدارقطني ٤١/٣ (١٦٧)، والبيهقي في الكبرى ٢٨٩/٦ من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما.

تطبيقات الضابط :

١- لو استعار أحد سلاحًا لمحاربة العدو فانكسر السلاح أثناء القتال ضَمِن[١]؛ لأن الأصل في العارية أنها مضمونة.

٢- لو أصبحت الثياب بحالة لا يُنتفع بها باستعمال المستعير إياها على الوجه المعتاد ففيه الضمان[٢]؛ لأن شأن العارية الضمان.

٣- إذا سقطت المرآة المُعارة من يد المستعير بلا تعدّ ولا تفريط، أو زلقت رجله فسقطت المرآة وانكسرت يضمن[٣]؛ لأن العارية مضمونة.

٤- لو وقع على البساط المعار شيء فتلوث به ونقصت قيمته ففيه الضمان[٤]؛ لأن العارية مضمونة.

٥- من استعار سيارة من آخر، فنقصت قيمتها باستعماله المعتاد لزمه ضمان النقصان؛ لأن الأصل في العارية الضمان.

٦- لو استعار شخص حاسبا آليًا (كمبيوتر) لاستخدامه في بعض أغراضه العلمية، فعطبت بعض مكوناته، لزمه الضمان؛ جريا على الضابط، وهو أن الأصل في العارية الضمان حتى يثبت مسقطه.

٧- إذا استعارت أمرأة حليّ غيرها للتزين به، فتلف في يد المستعيرة أو سرق منها، لزمها الضمان؛ جريًا على الضابط المذكور، وهو أن العارية مضمونة في يد المستعير.

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٥/٤٢٥.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) انظر: المصدر نفسه.

(٤) انظر: المصدر نفسه.

هذا، ومن يرى أن يد المستعير يد أمانة فلا يوجِب في هذه الحالات وأمثالها ضمانًا، ومن يرى أن الضمان منوط بالشرط أو بالتهمة، فإن المستعير لا يضمن في هذه الأمثلة ونحوها عند عدم اشتراط ذلك عليه، أو قيام سبب التهمة، مالم يثبت تعديه أو تفريطه؛ لأن التعدي والتفريط موجب للضمان بلا خلاف كما علمنا.

استثناءات من الضابط :

استثنى القائلون بضمان العارية بعض الحالات، منها:

١- إذا أحرم وفي يده صيد، وقلنا بزوال ملكه عنه، فأعاره، لم يضمن مستعيره.

٢- إذا استعار شيئًا ليرهنه بدين، فتلف في يد المرتهِن فلا ضمان على المستعير.

٣- إذا استعار من المستأجِر فتلف المُعار فلا ضمان على المستعير، لأن المستأجِر لا يضمن، والمستعير نائب عنه فلا يضمن هو أيضًا.

٤- جلد الأضحية المنذورة، فإعارته جائزة، ولو تلف في يد المستعير لم يضمن؛ لابتناء يده على يد من ليس بمالك.

٥- إعارة الإمام شيئًا من بيت المال لمن له حق في بيت المال، فإذا تلف في يده لا يضمن.

٦- إستعارة الفقيه كتابا موقوفًا على المسلمين، فإن تلف في يده لا يضمن[1].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر هذه الاستثناءات في: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٢٨/٢، الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٦٧/١.

ضوابط باب إحياء الموات

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٣

نص الضابط: الـمَوَاتُ يُمْلَكُ بالإحياءِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الملكُ في الأرض الموات، يَثْبُت بالإحياء[٢].

٢- الإحياء يوجب التمليك[٣].

٣- الإحياء تملّك[٤].

٤- الإحياء سبب الملك[٥].

٥- الإحياء يفيد الملك[٦].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٥/٦، المغني لابن قدامة ٣٢٨/٥ وفي منار السبيل لابن ضويان ٤٢٢/١ "الموات إنما يملك بالإحياء" وفي فتاوى قاضيخان ٢٧٩/١ "يُملك الموات بالإحياء".

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٩٤/٦و١٩٥، الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥.

(٣) الحاوي للماوردي ٤٨٢/٩.

(٤) سبل السلام للصنعاني ٨٢/٣.

(٥) صنوان القضاء للاشفورقاني ١٠/٣ وفي روضة القضاة للسمناني ٥٤٤/٢: "الإحياء سبب للتمليك" وفي السيل الجرار للشوكاني ٢٢٧/٣ "ما صدق عليه أنه إحياء، كان سببا لملك الأرض الميتة".

(٦) مغني المحتاج للشربيني ٣٦٦/٢.

صيغ ذات علاقة :

١- كل أرض جرى عليها ملكٌ، لا تُملَك بالإحياء[١]. (صيغة مقابلة).

٢- مصالح المسلمين العامة، لا تُملك بالإحياء[٢]. (استثناء).

٣- ما لا يَستغني عنها المسلمون، لا تكون أرضَ موات[٣]. (استثناء).

شرح الضابط :

موضوع هذا الضابط يعبّر عن سببٍ من أسباب تملك المال، وهو إحياء الأرض الميتة، وهو ما اصطُلح على التعبير عنه عند الفقهاء بـ (إحياء الموات).

و(الموات) لغة بمعنى الأرض الميتة واصطلاحا: هي الأرض التي خلت من العمارة والسكان، وعبّر عنها بعضهم بأنها الأرض التي لا مالك لها ولا ينتفع بها أحد[٤].

وجاء تعريفها في بعض القوانين المعاصرة بأنها: هي الأراضي الخالية التي ليست تحت تصرف أحدٍ والتي لم تُترك ولم تُخصص لأهالي القرى والقصبات[٥]، حالة كونها تبتعد عن أقصى العمران ميلا ونصف ميل بحيث لا

---

(١) التجريد للقدوري ٣٧٥٧/٨ وفي النوادر والزيادات للقيرواني ٥٠٨/١٠ "ما كان فيه أصلُ ملكٍ، ليس لأحد إحياؤه" وفي الروض المربع للبهوتي ٤٢٤/٢ "ما جرى عليه ملكٌ معصومٌ، فلا يُملك شيء من ذلك بالإحياء".

(٢) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ١٩٣/٢.

(٣) بدائع الصنائع ١٩٤/٦.

(٤) انظر: المصباح المنير للفيومي ٥٨٤/٢، الهداية للمرغيناني ٩٨/٤، الفتاوى الهندية ٣٨٥/٥-٣٨٦، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٢٢ والإقناع للشربيني ٣٥٧/٢، منار السبيل ٤٢٠/١.

(٥) أي لم يُترك حق الانتفاع بها لعامة الناس أو لأهالي قرية أو قصبة، فمثل هذه الأراضي المتروكة يعود ملكيتها لبيت المال ولا يجوز لأحد استملاكها والاستئثار بها انظر: الملكية للعبادي ٤١٢/١.

يُسمع فيها منه صيحة الرجل الجهوريّ الصوت»[١].

والمراد بإحيائها: تعميرها وتأهيلها لتكون صالحة للانتفاع بها «بأن يعمد الشخص لأرضٍ لا يعلم تقدّم ملكٍ عليها لأحدٍ، فيحييها بالسقي أو الزرع أو الغرس أو البناء، فتصير بذلك ملكه»[٢] وبالجملة فكل استصلاح للأرض يعتبر إحياءً لها.

وفي وجه هذه التسمية يقول القاضي عياض: «شُبِّهت عمارة الأرض بحياة الأبدان، وتعطُّلُها وخلوُّها عن العمارة بفقد الحياة وزوالها عنه»[٣] وإلى هذا المعنى من الحياة للأرض الميتة، يشير قول الله تبارك وتعالى: ﴿فَٱنظُرۡ إِلَىٰٓ ءَاثَٰرِ رَحۡمَتِ ٱللَّهِ كَيۡفَ يُحۡيِ ٱلۡأَرۡضَ بَعۡدَ مَوۡتِهَآۚ﴾ [الروم: ٥٠] فقد استُعمل موت الأرض - في هذه الآية- بمعنى عدم سقيها وتعذر نباتها، وحياتُها بخلاف ذلك أي: بمعنى سقيها وظهور نباتها[٤].

«وإحياء الموات يدل على حيوية التشريع الإسلامي بدعوته إلى الاستثمار والتعمير وإخصاب الحياة بالخير ليساعد ذلك على تحقيق خلافة الإنسان في الأرض، بتعميق الإيمان بالله وشكره على نعمه، والتمتع بالحلال الطيب الذي يعطي القوة ويحقق الكرامة للإنسان»[٥].

ومن أساليب الدعوة إلى ذلك قوله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فله فيها أجر[٦]، وما أكلتْ العافيةُ منها فهو له صدقة»[٧]، وقوله ﷺ: «ما من مسلم

---

(١) الملكية للعبادي ٤١٣/١ (وعزاه فيه لكتاب: موجز أحكام الأراضي ص ٣٧ - ٣٨).
(٢) فتح الباري لابن حجر ١٨/٥، وانظر: الاستذكار لابن عبد البر ١٨٥/٧، الدر المختار ٤٣١/٦.
(٣) فيض القدير للمناوي ٥١/٦ وانظر: فتح الباري ١٨/٥، الدر المختار للحصكفي ٤٣١/٦.
(٤) انظر: المنتقى للباجي ٢٧/٦.
(٥) فتاوى الأزهر ٢٠٩/١٠، مواهب الجليل للحطاب ٢/٦.
(٦) "فله فيها": أي في نفس إحيائها أجرٌ مرقاة المفاتيح للملا علي القاري ٢٠٨/٦.
(٧) رواه أحمد ١٧٠/١٧ (١٤٢٧١) ومواضع أخر، والترمذي بشطره الأول ١٦٥/٣ (١٣٧٩) وقال: هذا حديث حسن صحيح ورواه الدارمي ١٧٠٠/٣ (٢٦٤٩)، والنسائي في السنن الكبرى ٣٢٣/٥=

يغرس غرسا أو يزرع زرعا فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له به صدقة»[١].

وقد اختلف الفقهاء في تملك الموات بالإحياء: هل يُشترط فيه إذن ولي الأمر، أم لا؟

فذهب الصاحبان من الحنفية (أبو يوسف ومحمد بن الحسن) والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية إلى أنه لا يشترط في الإحياء إذن الإمام[٢].

وذهب الإمام أبو حنيفة والإباضية والإمامية إلى أنه لا بد من إذن ولي الأمر في الإحياء، فمن أحيا شيئا من الموات بدون إذنه لم يملكه[٣].

ويرى المالكية تفصيلا في ذلك وهو: أنه إن كانت الأرض الموات قريبة من العمران، احتاج إحياؤها إلى إذن الإمام، بخلاف ما إن كانت بعيدة من العمران فلا تحتاج إلى إذنه[٤].

هذا ما يتعلق بآراء الفقهاء في اشتراط إذن الإمام أو عدم اشتراطه في التملك بالإحياء، لكن تجدر الإشارة إلى أن ما آلت إليه النظم المعاصرة من

= (٥٧٢٤)، ٣٢٤ (٥٧٢٥) من حديث جابر رضي الله عنهما ومعنى: "وما أكلت العافية منه": قال الملا علي القاري: "أي كلُّ طالبِ رزقٍ من إنسان أو بهيمة أو طائر، من: عفوتُه أي أتيتُ أطلب معروفه وعافية الماء: واردتُه وفي بعض الروايات: "العوافي" أي طوالب الرزق" وقوله: "منه" أي من حاصل الأرض وريعها أو من المأكول أو من النبات" مرقاة المفاتيح ٢٠٨/٦ وانظر: فيض القدير ٥١/٦، مغني المحتاج ٤٩٥/٣.

(١) صحيح البخاري ٨١٧/٢ وصحيح مسلم ١١٨٩/٣ من حديث أنس رضي الله عنه وانظر: فتاوى الأزهر ٢٠٩/١٠.

(٢) انظر: الهداية ٩٨/٤، الإقناع للشربيني ٣٥٧/٢، منار السبيل ٤٢٠/١، المحلى لابن حزم ٧٣/٧، التاج المذهب لابن المرتضى ١٤٣/٣.

(٣) انظر: الهداية ٩٨/٤، شرح النيل لأطفيش ٥٠٩/١٠-٥١٠، شرائع الإسلام للحلي ٢٩٣/١، ٢١٥/٣.

(٤) انظر: القوانين الفقهية ص ٢٢٢، الشرح الكبير للدردير ٦٩/٤.

إناطة إحياء الموات بإذن الإمام منعًا من التنازع الـمُفضِي إلى الفساد، جَعَل كونَ إحياء الموات من قِبل الأفراد مباشرةً (كما يقول به من لا يَشترط إذن الإمام في الإحياء) غيرَ متصوَّر.

كما أن إذْنَ الإمام الآن في إحياء الموات، صار يقترن عادةً بطلب مقابلٍ مادّي يدفعه الشخص المأذون له في الإحياء، للدولة، ضمانًا لمعرفة جدّيته في الإحياء، تحقيقًا لمصلحة الإحياء؛ وهذا أيضًا يُضيِّق نطاق جواز إحياء الموات فيجعله محصوراً في إذن الإمام، فيكون عاضدًا لما سبق من كون إحياء الموات يقع من طرف الأفراد مباشرةً بدون إذن الإمام، أمرًا غيرَ متصوَّر.

وبناء على ما تقدم فإنه يكاد يُستبعد تطبيق هذا الضابط حسب رأي الفريق الأول الذي يقول بجواز تملك الأرض بإحياء الموات ولو بدون إذن الإمام، وأن إذن الإمام ليس شرطًا فيه عنده؛ لِما اتضح أن إحياء الموات، بات الآن لا يقع إلا بإذن الإمام.

وعليه فلا يسع في تطبيق هذا الضابط إلا الأخذ بما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة – والفريق الذي معه- من أنه لا بد في تملك الأراضي الموات: من اشتراط إذن الإمام في إحيائها.

وهذا ما نصت عليه بعض القوانين المعاصرة في هذا الشأن، وكذلك اتجهت إليه بعض الفتاوى المعاصرة أيضا.

فمثلا نصّت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٧٢) على ما يلي:

«إذا أحيا وعَمَّر أحدٌ أرضا من الأراضي الموات بالإذن السلطاني يصير مالكا لها».

ثم جاء في المادة نفسها بعد ذلك:

«وإذا أَذِن السلطان أو وكيلُه لأحدٍ بإحياء الأرض على أن يَنتفع بها فقط ولا يتملكها، فيتصرف ذلك الشخص في تلك الأرض على الوجه الذي أُذن به ولكن لا يَملك تلك الأرض»، «لأنه يجب إذْنُ السلطان ليتملك الأرض حسب الفقرة الأولى من هذه المادة[1]؛ فإذا لم يَأذن السلطان بتملّكه فلا يَملكها الـمُحيِي»[2].

ونصت المادة (٨٧٤) من القانون المدني المصري على:

أن الأراضي غير المزروعة (وهي تُقابل ما كان يُعرف بالأراضي الموات) هي ملك للدولة، ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقًا للوائح، إلا أنه إذا زرعها مصري أو غرسها أو بنى عليها، تَمَلَّك في الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبني ولو بغير ترخيص من الدولة[3].

هذا ما كانت صدرت به المادة ٨٧٤ من القانون المدني المصري، ثم صدر بعد ذلك قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ فألغى الفقرة الأخيرة أيضًا من هذه المادة (وهي التي تجيز تملك الأرض الموات بمجرد إحيائها ولو بدون ترخيص من الدولة)[4]؛ فآل الأمر إلى أنه لا يجوز تملك الأراضي الموات أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة.

---

(١) وهي التي تقدمت قبل سطرين، في قولها: "إذا أحيا وعَمَّر أحدٌ أرضا من الأراضي الموات بالإذن السلطاني يصير مالكا لها".

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٩٨/٣.

(٣) الملكية للعبادي ٤١٨/١.

(٤) الملكية ٤١٨/١.

وفيما يتعلق بالفتاوى المعاصرة المؤيدة لرأي الإمام أبي حنيفة:

فقد جاء في «فتاوى الأزهر»: «من المقرر شرعا أن إحياء الموات يعطي حق الملكية لمحييه وعليه يكون سبب الملك هو الإحياء فيملك هذه الأرض من أحياها ووضع يده عليها وتصرف فيها بعد أن أعطته الحكومة إياها»(١).

وبهذا يتلخص: أن الذي ينبغي التعويل عليه في هذا الضابط: أن الملك في الأراضي الموات المحتملة للمنازعة يثبت بالإحياء إذا كان بإذن السلطان،

---

(١) فتاوى الأزهر ٦/ ٧٥.
وجاء في فتوى للشيخ عبد الله بن جبرين - من علماء السعودية - عن كيفية تملك الأراضي التي لا مالك لها، ما يلي:
السؤال: "كانت القبائل في جنوب المملكة السعودية تسيطر على الأراضي الجبلية العامة قبل تأسيس البلديات التي أصبحت تسيطر الآن على تلك الأراضي بحكم نظام الدولة ولم يعد للقبائل سيطرة عليها.
فما حكم التملك في هذه الأراضي بالإحياء الشرعي على الرغم من معارضة بعض أفراد القبيلة لمن يحاول ذلك كونهم شركاء سابقين في تلك الأراضي قبل أن تتولى الدولة أمرها خاصة وأن البعض يستطيع الإحياء والبعض لا يستطيع، علمًا بأن الإحياء في المملكة يجب أن يكون قبل عام ١٣٨٢هـ حسب نظام وزارة العدل وشكرا.
أجاب الشيخ عبد الله بن جبرين على ذلك بقوله:
"الصحيح أن الإحياء يحصل به التملك في كل وقت لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: "من أحيا أرضًا ميتة فهي له" وحيث إن بعض العلماء كالأحناف يشترطون إذن الإمام فإنه يُتقيّد بذلك، فلا بد من إذن الإمام، وهو ما يسمى بالإقطاع الذي كان النبي عليه الصلاة والسلام يفعله، حيث يُقطع إنسانا قطعة أرض ليستثمرها، ففي هذه الحال من أحيا أرضًا قبل عام ١٣٨٢ هجرية فهي له، ومن أحياها بإذن الإمام بعد عام ٨٢ هجرية فهي له وأما تلك القبائل فإن كانوا قد ملكوها بالإحياء قديما فهم أولى بها لقدم ملكهم، وأما إن لم يكونوا أحيوها وإنما هي تابعة لقريتهم فإن لهم منع إحياءها إذا تعلقت بها مصالح قريتهم، فكانت متسعا لهم يتنزهون بها وإذا أحياها أحد وتضرروا فلهم أن يطلبوا من الحكومة منع إحياءها حتى لو كان هؤلاء الأفراد الذين يريدون إحياءها من نفس القبيلة وذلك خشية الضرر أما إن لم يكن هناك ضرر فكانت بعيدة عن البلد ولم يتضرر أحد وحصل الإذن من الإمام فيجوز تملكها، ولا حق لهم في المعارضة وإن كانوا يريدون الاستقلال بها فعليهم طلبها من الدولة لأنهم أولى بها، ولا يريدون أن يسكن بجوارهم من ليس من قبيلتهم، ويكون القرار حينها للدولة" "فتاوى الإسلام سؤال وجواب" (المكتبة الشاملة/السؤال رقم ٢٦٣٤٤).

وأما ما لا ينازع فيه، فالملك يثبت فيه بالإحياء والعمارة بلا إذن.

وتظهر وجاهة اشتراط إذن الإمام فيما يحتمل المنازعة بما قاله السرخسي من أنّ «الناس في الموات من الأراضي سواء، فلو لم يُشترط فيه إذنُ الإمام أدّى إلى امتداد المنازعة والخصومة بينهم فيها، فكلٌّ واحد منهم يرغب في إحياء ناحيةٍ وجعلُ التدبير في مثله إلى الأئمة: يَـرجع إلى المصلحة، لما فيه من إطفاء ثائرة الفتنة»[1].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿هُوَ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلْأَرْضِ وَٱسْتَعْمَرَكُمْ فِيهَا﴾ [هود: ٦١].

ووجه ذلك أن من معاني «استعمركم فيها»: أمركم بعمارة ما تحتاجون إليه فيها من بناء مساكن، وغرس أشجار وقيل: المعنى ألهمكم عمارتها من الحرث والغرس وحفر الأنهار وغيرها[2]، وهذا هو إحياء مواتها.

٢- حديث: «من أحيا أرضا ميتة فهي له، وليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ»[3].

هذا الحديث يصلح دليلا لكلا الرأيين المذكورين في هذا الضابط، وهما: عدم اشتراط إذن الإمام في تملك الأرض بالإحياء (حسب رأي الفريق الأول)، واشتراطه (حسب رأي الفريق الثاني).

فوجه دلالته على الرأي الأول هو ما أفاده القاضي عياض أن «ترتُّب

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٣/١٦ - ١٧.

(٢) تفسير القرطبي ٩/٥٦.

(٣) رواه أبـو داود ٣/٥١٠ (٣٠٦٨)، والترمذي ٣/٦٦٢-٦٦٣ (١٣٧٨)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٢٥ (٥٧٢٩) من حديث سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

الملك على مجرد الإحياء، وإثباته لمن أحيا على العموم، دليل على أن مجرد الإحياء كافٍ في التمكن»[١].

أما الاستدلال به على الرأي الثاني فهو أن إطلاق الحديث محمول على كونه «بإذن الإمام» فهذا القيد ملحوظ في الحديث وإن لم يُصرَّح به، ووجه ذلك «أن هذه الأراضي كانت قبل الاستيلاء في يد الأجانب وقد دخلت إلى حوزة الإسلام بالاستيلاء، وعليه فالأراضي في البلاد المستولَى عليها فيءٌ وغنيمةٌ، ولا يختص أحد بالفيء والغنيمة إلا بإذن السلطان كالغنائم»[٢].

وعلى هذا فيقول هذا الفريق: إن إطلاق قوله ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتةً، فهي له»[٣] المراد به: «بيان السبب» يعني: «أن **سبب الملك بعد إذن الإمام هو الإحياء** ولكنّ إذنَ الإمام شرطٌ، وليس في هذا اللفظ ما ينفي هذا الشرط»[٤]، بل في قوله ﷺ في هذا الحديث نفسه: «وليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌ»[٥] إشارةٌ إلى هذا الشرط، فعدم الإذن في الإحياء - على هذا الرأي - والأخذُ بطريق التغالب: يُعتبر في معنى «عرق ظالم»[٦].

ومما يؤيد به أصحاب هذا الرأي توجيهَهم هذا، وأنه محمول على إذن الإمام، أنه وَرَدَ نظيرٌ له في قوله ﷺ: «من قَتَل قتيلاً فله سَلَبُه»[٧]، فقد أُطلق

(١) فيض القدير ٦/٥١ وانظر: بدائع الصنائع ٦/١٩٤.
(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣/٢٩٧، وانظر: المبسوط ٢٣/١٦٧، بدائع الصنائع ٦/١٩٥، وقال علي حيدر في تتمة كلامه المذكور أعلاه: "وقد ورد في "قانون الأراضي" أنه إذا أحيا أحد مواتا بلا إذن من السلطان فيؤخذ منه قيمة المثل وتُفوض الأرض له إذا كان طالبا لها وإذا لم يطلبها بقيمة المثل فتعطى لآخر بطريق المزاد".
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) المبسوط ٢٣/١٦٧.
(٥) تقدم تخريجه.
(٦) انظر: المبسوط ٢٣/١٦٧.
(٧) رواه البخاري ٤/٩٢ (٣١٤٢)، ٥/١٥٤-١٥٥ (٤٣٢١)، ٩/٦٩ (٧١٧٠)، ومسلم ٣/١٣٧٠، ١٣٧١ (١٧٥١) من حديث أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه، بمثله.

فيه تملكُ القاتل لسَلَب المقتول بناءً على مجرد قتله له، ولكن الإمامين أبا حنيفة ومالكًا، لا يقولان بإطلاقه، بل هو محمول عندهما على تمليك الإمام له[١]، فقد جاء في «فيض القدير»: «هذا الخبر حمله أبو حنيفة ومالك على أنه من التصرف بالإمامة العظمى، فلا يكون السَّلَب للقاتل إلا إذا نَفَّله الإمام إياه»[٢]، قالوا: فكما كان أحقيةُ القاتل بالسَّلَب قد جاء مطلقًا في الحديث، ومع ذلك حُمل على إعطاء الإمام إياه له، وإلا فلا يحق له أخذ السَّلَب بدون إذن الإمام، فكذلك (حديث إحياء الموات)، يتقيد بإذن الإمام وإن كان الحديث جاء مطلقًا

٣- حديث: «من أَعْمَرَ أرضًا ليست لأحدٍ فهو أحقُّ»[٣] والمعنى: من أعمر أرضًا بالإحياء فهو أحق بها من غيره[٤].

قال الصنعاني: «هو دليل على أن الإحياء تملّكٌ إن لم يكن قد مَلَكها مسلم أو ذمي، أو ثبت فيها حق للغير»[٥].

٤- أجمع المسلمون على جواز إحياء الموات والتملك به[٦].

تطبيقات الضابط :

١- ربما يوجد بالأرض الموات أثرُ ملكٍ أو عمارة، لكن لا يُعرف له مالكٌ بعينه، أو تكون الأرض من الأراضي الخربة التي اندرست

---

(١) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/٥٩-٦٠، التمهيد لابن عبد البر ٢٣/٢٤٧، شرح ابن بطال على صحيح البخاري ٥/٣١١، المبسوط ٢٣/١٦٧، بدائع الصنائع ٦/١٩٥، الكافي لابن عبد البر ص ٢١٥، الشرح الكبير للدردير ٢/١٩٠-١٩١.

(٢) فيض القدير ٦/١٩٣.

(٣) رواه البخاري ٣/١٠٦ (٢٣٣٥) عن عائشة رضي الله عنها.

(٤) فتح الباري ٥/٢٠.

(٥) سبل السلام ٣/٨٢.

(٦) انظر: جواهر العقود للمنهاجي ١/٢٣٨، الإقناع للشربيني ٢/٣٥٧.

آثارها ولم يُعلم لها مالك، فإنها تُملك بالإحياء(١).

٢- الأراضي التي لا يُنتفع بها لانقطاع الماء عنها، أو غلبة الماء عليها ونحو ذلك مما يمنع زراعتها، تُملك بالإحياء(٢).

٣- لو شرع في عمل إحياءٍ لأرضٍ مواتٍ ولم يتمه، كأن حفر أساسا، أو جمع ترابا، أو جعل له علامة بنصب أحجار أو غرز خشبا فيها أو نحو ذلك كأن خطَّ خطًا أو جمع ترابا حولها، فكل ذلك لا يفيد الملك عند الحنفية والشافعية لأنه ليس بإحياء بل يعتبر ذلك كله من صور التحجير، وتحجير الأرض الموات لا يفيد الملك(٣)، وعليه فالمحتجر أحق بما احتجره من غيره، فإن أحياه - بعد التحجير- يملكه لأن الإحياء يفيد الملك، وإن لم يُحيِه لا يملكه وكذا لو أحياه غيرُ هذا الشخص المتحجّر يتملّكه ولو طالت مدة تحجر الشخص الأول له(٤).

٤- يملك الذمي بالإحياء كما يملك المسلم عند الحنفية والمالكية والحنابلة(٥) أما عند الشافعية فلا يجوز للكافر أن يملك بالإحياء في بلاد الإسلام وإنْ أذن فيه الإمام(٦)، لأن «أمر السلطان إنما ينفذ إذا وافق الشرع، وإلا فلا ينفذ»(٧).

---

(١) انظر: الهداية ٤/٩٨، منار السبيل ١/٤٢٠.
(٢) انظر: الهداية ٤/٩٨.
(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٣٢٢، الإقناع للشربيني ٢/٣٥٨.
(٤) انظر: الفتـاوى الهندية ٥/٣٨٦، تحفة الفقهاء ٣/٣٢٢، الإقناع للشربيني ٢/٣٥٨، مغني المحتاج ٢/٣٦٦.
(٥) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١٠/٧١، الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦، الكافي لابن عبد البر ص ٤٩٤، التاج والإكليل للمواق ٦/١٢.
(٦) انظر: المهذب للشيرازي ١/٤٢٤، الإقناع للشربيني ٢/٣٥٧.
(٧) الأشباه لابن نجيم مع غمز عيون البصائر للحموي ٤/١٥٠.

٥- يجوز لولي الأمر إقطاع موات الأرض لمن يراه من أهل الفضل والحاجة والمنفعة العامة، كالعلماء والمجاهدين وغيرهم ولا يعتبر مجرد هذا الإقطاع تمليكًا للرقبة عند الحنفية والشافعية والحنابلة وإنما هو اختصاص بالمنفعة، فإذا أحياه الشخص الـمُقـطَع، مَـلَـكه لقول النبي ﷺ: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»[١] **ويتخرج على هذا: ما يسمى بالمنح الـمَلَكية أو الأميرية.**

٦- من أحيا أرضًا ثم تركها حتى دثرت وطال زمانها وهلكت الأشجار وتهدمت الآبار وعادت كأول مرة، ثم أحياها غيره، فهي لـمُحييها الثاني، بخلاف ما يملكه بخطه أو شراء[٢].

٧- إحياء الموات يعطي حق الملكية لمحييه خصوصا، ولا يتعلق به حق الشفعة[٣].

وبناء على هذا، فلو أحيا رجل أرضا مواتا، ثم أرادت الحكومة أن تجري صورة المبايعة لواضع اليد لإثبات التملك رسميا على هذه الأرض، بحيث يترتب على ذلك جواز أخذ هذه الأرض بالشفعة:

فلا يجوز ذلك، لأن المحيي للأرض الموات مالك لها، وليس للحكومة حق البيع، فالبيع الصادر منها قد صدر على غير ملك لها، فهو صورة لا حقيقة لها وواضع اليد على الأرض مالك لها قبل البيع بسبب الإحياء فتلك الصورة التى يُعبر عنها بالبيع هنا، لا أثر لها فى إكساب حق الشفعة، وليس لأحد أن يطالب واضع اليد بحق الشفعة بوجه من الوجوه[٤].

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٣٨٦/٥، الإقناع للشربيني ٣٥٨/٢، الروض المربع ٤٢٨/٢، المفهم للقرطبي (كتاب "الأدب"، امتهان ذات القدر نفسها في خدمة زوجها).

(٢) الاستذكار ١٨٥/٧-١٨٦، التاج والإكليل ٣/٦.

(٣) انظر: فتاوى الأزهر ٧٤/٦.

(٤) انظر: فتاوى الأزهر ٧٤/٦ و٧٥.

استثناءات من الضابط :

١- مصالح المسلمين العامة لا تُملك بالإحياء[(١)] وبناء عليه فإن الأراضي التي تتعلق بها المصلحة العامة للمجتمع، كمواضع صلاة العيدين، ومشارع الماء، والشوارع والطرقات والجسور، والمقابر، ومواضع إلقاء القمامة، والأراضي المتروكة حول القرى لتُستعمل من قبل أهلها للرعي والحصاد، ونحو ذلك مما يتعلق بالمنافع العامة، «لا يجوز للإمام إقطاعها ولا تمليكها»[(٢)] بل هي «مُبقاة على الإباحة كالموات، والخلق كلهم مشتركون فيها، وهي تُفارق المواتَ في أنها لا تُملك بالإحياء، ولا تُباع ولا تُـقطَع، وليس للسلطان تصرفٌ فيها، بل هو وغيره فيها سواء»[(٣)].

وهذا هو المتبع في النظم المعاصرة، فإن ممتلكات الدولة المعدة للاستعمال العام ولخدمة المرافق العامة (ويطلق عليها: الدومين العام) مثل الطرق والجسور وأبنية الوزارات وغيرها من مصالح الدولة المختلفة، لا يجوز للدولة التصرف فيها بيعا أو رهنا أو غير ذلك مما يحظره القانون ما دامت هذه الأشياء مخصصة للمصالح العامة[(٤)].

ويترتب على أساس ما تقدم : أنه إذا زال تعلق حاجة المجتمع بما ذُكر من الأموال العامة، يجوز للحاكم بعد تقدير ذلك أن يتصرف فيها كما يتصرف بأموال بيت المال وفق مصلحة الجماعة فقد نص الفقهاء على أنه إذا حُول الطريق العام فاستُغني عن موقعه الأصلي، فإن للحاكم أن يبيعه لحساب بيت

---

(١) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ١٩٣/٢.

(٢) الحاوي للفتاوى للسيوطي ١٣١/١، الملكية للعبادي ٣١٤/١-٣١٥.

(٣) الحاوي للفتاوى للسيوطي ١٣١/١ بتصرف يسير، وانظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ١٨٢/٤، الروض المربع ٤٢٤/٢، مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٣٩٩/٣٠، الملكية للعبادي ٣١٥/١، فتاوى الإسلام سؤال وجواب (الشاملة/السؤال رقم ٢١٣٧٥).

(٤) انظر: الملكية للعبادي ٣١٢/١-٣١٣.

المال ويصبح ملكا خاصا ومثل ذلك سائر ما يُستغنى عنه من الأموال العامة[١].

٢- من أحيا مواتا فظهر فيه معدن، فقد اختلف الفقهاء في تملكه بالإحياء أم لا[٢]؟

والذي يتجه القول به بحسب الواقع المعاصر الذي أصبحت الثروة المعدنية فيه تحتل جانبًا كبيرًا من ثروة البلاد، هو الأخذ بمذهب المالكية: أن المعادن كلها لا تُملك سواء أكانت جامدة أم سائلة، وسواء أكانت ظاهرة أم في باطن الأرض[٣]، فهي ملك للدولة تتصرف فيها بما يحقق المصلحة العامة بتأجيرها لمدة معلومة، أو إقطاعها لا على وجه التمليك، وإنما يُقطعها انتفاعا لا تمليكا[٤].

---

(١) انظر: الملكية للعبادي ١/٢٩٣، المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا ص ٢٦٦، ومما نقله العبادي من نصوص القوانين في هذا الشأن: القرار رقم ٢-١٢٧ الصادر عن الديوان الخاص بتفسير القوانين في الأردن ما يلي: "الأصل أن الأملاك المتروكة للمنافع العامة كالطرق والساحات والحدائق العامة خارجة عن التعامل ولا تحتمل البيع والفراغ، لأن حقوق الدولة فيها هي حقوق إدارة وضابطة لا حقوق ملك وتصرف إلا أن القانون أجاز التصرف بتلك الأمكنة عند تبدل حالتها وزوال صفة الملك العام عنها" الملكية ١/٤١٣.

وجاء في نص المادة ٨٧ من القانون المدني المصري، وهي:

أ – تُعتبر أموالا عامة: العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص.

ب – وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم.

ونصت المادة ٨٨ من القانون نفسه على أنه "تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة " (الملكية ١/٣١٣).

(٢) انظر: تفصيل آرائهم في كتاب: الملكية للعبادي ١/٤٢٨-٤٣٢.

(٣) المعادن الظاهرة هي التي لا يحتاج تحصيلها إلى تنقيب فهي تتميز عن الأرض ويوصل إليها من غير مؤونة كالنفط والكبريت والقار والملح أما المعادن الباطنة فهي التي يحتاج تحصيلها إلى تنقيب كالذهب والفضة والحديد انظر: الإقناع للشربيني ٢/٣٥٨، الملكية للعبادي ١/٤٢١.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/٤٨٦، الملكية للعبادي ١/١/٤٢١-٤٢٢.

يقول الشيخ أبو زهرة في ترجيح هذا الرأي: «هذا هو الرأي المأخوذ من لب الفقه الإسلامي، ويستند إلى السنة وعمل النبي ﷺ[١]، وهو يتفق مع المعاني الفقهية ومع التكافل الاجتماعي السليم، ويتفق مع التكافؤ بين العمل ومقدار الثمرة»[٢].

وهذا ما أخذت به القوانين المعاصرة، حيث اعتبرت المعادن التي تظهر في الأراضي المتروكة والأراضي الموات، عائدة لبيت المال[٣].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) إشارة لما جاء في سنن أبي داود ٢/١٨٩ عن النبي ﷺ أنه أَقطَع لبلال بن الحارث المزني معادن من معادن القَبَـلِيّة (وهو موضع بين مكة والمدينة)، مما يدل أن أمر المعادن للإمام وجاء في سنن أبي داود أيضًا ٢/١٩١ عن أبيض بن حمّال (صحابي) أن النبي ﷺ أقطع له الملح الذي بمأرب، فقال رجل من المجلس: أتدري ما قطعتَ له؟ إنما قطعتَ له الماء العِـدّ (أي الماء الدائم الذي لا ينقطع) فانتزع النبي ﷺ ذلك منه.

(٢) انظر: الملكية للعبادي ١/١/٤٣٦.

(٣) انظر: الملكية للعبادي ١/١/٤٣٣-٤٣٦.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٤

نص الضابط: مَا لا مَوَاتَ حَوْلَهُ لا حَرِيمَ لَهُ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- ملك الموات معتبر بالإحياء[٢]. (مكمل).

شرح الضابط:

حريم الشيء: ما حوله من حقوقه ومرافقه، سمي بذلك؛ لأنه يحرم على غير مالكه أن يستبد بالانتفاع به[٣].

والمقصود بالمَوَات – بفتح الميم والواو: الأرض التي لا مالك لها، ولا ينتفع بها أحد[٤] ويعبر بعض المالكية عن الموات بالأرض الخراب، وخلافه العامر[٥] وحدَّهُ بعض الفقهاء: بما لم يكن عامرًا ولا حريما لعامر - قرب من العامر أو بعد -[٦]، ومعنى حوله: محيط به من كل جهة.

---

(١) روض الطالب للمقري اليمني مع أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤٤٦/٢.

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٣.

(٣) انظر: المصباح المنير للفيومي ص ١٣٣.

(٤) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٩٦/٣، الإقناع للخطيب الشربيني ١٩٢/٣ مطبوع مع حاشية البجيرمي، ط/ دار المعرفة.

(٥) انظر: المغرب للمطرزي ص ٤٤٨.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٤٩٦/٣، أنيس الفقهاء للقونوي ٢٨٣/١.

وهذا الضابط في أحكام الحريم، وهو يبين مالا تشمله أحكام الحريم من الأراضي والدور.

والمعنى الإجمالي فيه: أن الدور والأراضي ونحوها، إذا لم يكن حولها موات غير مملوك لأحد، وذلك بأن كان جميع ما حولها مملوكا منتفعا به، فإن هذه الدور والأراضي لا يكون لها حريم، بمعنى ليس لها حقوق ولا مرافق خاصة، فقوله: «لا حريم له» ليس على إطلاقه، وإنما المعنى ليس لها حريم مختص بأحد، وقد يكون لها حريم مشترك، وذلك كالعرصة بين الدور؛ فإنها ليست مختصة بدار أحد من سكان هذه الدور، بل لكل واحد منهم أن ينتفع بما كان بإزاء داره ما لم يضر بجيرانه، هذا هو المعروف بالحريم المشترك، ولذلك قرر الفقهاء أن الدور المتلاصقة لا حريم لها؛ إذ لا أولوية لبعضها على بعض[(١)].

وهذا الضابط معمول بمقتضاه لدى عامة الفقهاء، مرعي عندهم فيما أوردوه من تطبيقات، وإن كان هناك اختلاف فمحله الفروع والجزئيات على ما هو الشأن في أكثر الضوابط الفقهية[(٢)].

أدلة الضابط:

١- لأنه لا مرجح لبعض أصحاب الأراضي العامرة على بعض ولا أولوية[(٣)].

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٠٠، روض الطالب مع أسنى المطالب ٢/٤٤٦، حاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج ٣/٩١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٣٦٧، الإنصاف للمرداوي ٦/٢٧٢.

(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٢٨٠، منح الجليل لعليش ٨/٧٧- ٧٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٦٨، نهاية المحتاج للرملي ٥/٣٣٧، كشاف القناع للبهوتي ٤/١٩٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٧١.

(٣) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٦/٢٠٩، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣/٣٥٨.

٢- ولأنه ليس جعل موضعٍ حريما لدار معينة أولى من جعله حريما لأخرى[١].

٣- ولأن الحريم من المرافق، ولا يملك أحد أن يرتفق بملك غيره؛ لأن مالكه أحق به[٢].

تطبيقات الضابط:

١- إذا جاء جماعة من الأشخاص في محل موات وبنوا مساكنهم دفعة واحدة[٣]، فليس لهذه المساكن حريم خاص بأحد؛ لأنه لا موات حول دار أحد منهم، و ما لا موات حوله لا حريم له.

٢- لكل واحد من أصحاب الأملاك المتلاصقة أن ينتفع بالجلوس في تلك الفسحة التي بين هذه الدور، وليس لأحدهم منع آخر ما لم يضر بالآخر[٤]؛ لأن الدار المحفوفة بالدور لا حريم لها إذ لا موات حولها.

٣- يدخل في بيع الدار حقوقها الخارجة عنها كمجرى الماء وحريمها وشجرها الذي فيه إن كانت بشارع غير نافذ، بخلاف التي بالشارع فإنه لا حريم لها مملوك[٥] لأنه لا موات حولها.

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٥٠٠.

(٢) انظر: الإنصاف ٦/٣٧٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٣٦٧، كشاف القناع ٤/١٩٢.

(٣) انظر: حاشية العدوي على شرح الخرشي على مختصر خليل ٧/٦٨، حاشية ابن قاسم على الغرر البهية ٣/٣٥٨.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤/٦٧- ٦٨.

(٥) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/٢٥٨، مغني المحتاج ٢/٤٨٩، حواشي تحفة المحتاج ٤/٤٤٧.

٤- لو ملك والي ساحة مستعملة من القديم لوقوف مركبات أهل القرية، وأحدث المشتري عليها بناء، فإن هذا البناء يقلع، وتبقى العرصة كالأول[1] لأن ما لا موات حوله لا حريم له.

٥- لو وقف شخص دارا محفوفة بالدور مسجدًا، فهذا لا رحبة له ولا حريم[2]؛ لأن ما لا موات حوله لا حريم له.

٦- من **التطبيقات المعاصرة**: أصحاب السيارات الذين يوقفون سياراتهم بجوار بيوتهم، لهم الحق في ذلك بشرط عدم الضرر بالآخرين، وليس لأحد منهم أن يَقوم بتحجير مكان خاص لسيارته، ليمنع غيره من وضع سيارته فيه، وذلك بوضع أسياخ الحديد ونحوها؛ لأن الانتفاع بهذا المكان ليس خاصا به، وإنما حريم للشوارع التي بين البيوت، فهو حريم مشترك لكل الأشخاص القاطنين لتلك الدور المحيطة بها؛ ولأنه لا موات بين هذه الدور فيكون لها حريم.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/ ٢٨٠.

(٢) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى ١/ ٢٢٠.

فهرس المجلد الثاني والعشرون